



Consejo Jurídico de la Región de Murcia

Dictamen

Dictamen: 64/11

Año: 2011

Número de dictamen: 64/11

Tipo: Nulidad, interpretación y resolución de contratos administrativos

Consultante: Ayuntamiento de Calasparra

Asunto: Resolución de contrato de gestión del servicio público de residencia de ancianos y centro de día de Calasparra.

Dictamen:

Dictamen nº **64/2011**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 30 de marzo de 2011, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Calasparra, mediante oficio registrado el día 11 de marzo de 2011, sobre resolución de contrato de gestión del servicio público de residencia de ancianos y centro de día de Calasparra (expte. **54/11**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 16 de febrero de 2004, el Ayuntamiento de Calasparra y la mercantil --, formalizan contrato de gestión del servicio público de Geriátrico y Centro de Día de Calasparra.

De dicho contrato se destaca, por lo que ahora interesa, lo expresado en las siguientes cláusulas:

Cláusula 6. Objeto del contrato

Se establece como tal la gestión del servicio de Residencia Geriátrica y Centro de Día de atención a personas mayores y otros servicios compatibles o complementarios, que previamente deberán ser acordados por el Ayuntamiento, de conformidad con la normativa vigente y previa autorización de las correspondientes licencias o permisos.

Cláusula 7. Plazo del contrato

Se fija en 25 años, a contar desde el comienzo de vigencia del mismo.

Cláusula 12. Resolución del contrato

Recoge, entre otras, el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales.

Cláusula 15. Canon de contraprestación por la gestión del servicio.

Establece que el canon fijado será pagado al Ayuntamiento por parte del contratista mensualmente, dentro de los diez primeros días de cada mes, incurriendo en demora en caso contrario.

Cláusula 17. Funcionamiento del servicio.

Se establecerá un órgano de participación y control del servicio, bajo la denominación de Consejo Consultivo, entre cuyas funciones figura la consulta, control y seguimiento respecto de los asuntos de interés relacionados con el servicio.

Cláusula 19. Personal afecto a la explotación del servicio.

Indica que el personal que el adjudicatario adscriba al servicio será exclusivamente de su responsabilidad. Señala, asimismo, que todo el personal afecto a la explotación deberá estar dado de alta en la Seguridad Social con arreglo a las normas vigentes, debiendo cumplir como mínimo el contenido del Convenio Colectivo de aplicación a este Sector, así como la normativa laboral vigente en cada momento. El incumplimiento de estas obligaciones por parte del adjudicatario tendrá la consideración de

incumplimiento contractual grave.

Cláusula 21. Mejoras a realizar en la Residencia.

Entre las que se recogen, se destacan las siguientes:

A) Mejora en rehabilitación, alimentación y aseo.

- Creación de un gimnasio de rehabilitación.
- Creación de una sala de hidroterapia.
- Comida a la carta para todos los residentes, a elegir entre tres primeros, tres segundos y tres postres. Esta opción se ofrecerá tanto en la comida como en la cena. Se efectuarán cuadrantes de menús mensuales, modificables trimestralmente, con sus variaciones de dietas hipo-sódicas, diabéticos...
- Apertura de la cafetería y restaurante para no residentes, previa obtención de los permisos y licencias establecidos en la legislación vigente.

B) Mejoras en instalaciones.

- Incluir en la sala de usos múltiples, anexa al comedor, cuatro salas: dos salas de actividades de válidos y asistidos, y dos salones, uno para válidos y otro para asistidos.
- Inclusión de una morgue.
- Realización de un almacén.
- En un plazo no superior a cinco años se iniciará la construcción de una nueva residencia, con más zonas ajardinadas y que complemente los servicios prestados por la actual. Esta nueva residencia se financiará con capital privado, pasando a propiedad municipal transcurridos 50 años. Todo lo anterior siempre que se tenga la viabilidad de la zona garantizada.
- Sala de informática e Internet para los residentes.
- Instalación de un ascensor camillero.

C) Mejoras y anexos a los servicios a prestar.

- Instalación de solarium en la terraza.
- Acondicionamiento del patio interior como zona de recreo al aire libre
- Acondicionamiento de la calle salón en la parte trasera de la Residencia.

D) Otras mejoras.

- Creación de una Guardería para el personal, que podrá ampliarse para el pueblo en general, tal como se establece en el objeto.
- Instalación de un sistema de emergencia.
- Instalación del sistema de vigilancia y control de residentes.
- Otras mejoras especificadas en la oferta que se unen al contrato.

SEGUNDO.- El 11 de junio de 2010, el Secretario del Ayuntamiento de Calasparra emite informe acerca del contrato, en cuyo apartado C) recoge los siguientes extremos:

"Constan los siguientes documentos:

- *Oficio de alcaldía de 27 de abril de 2007 (nº de salida 2697. Fecha de salida 27-4-2007). Se requiere a la mercantil el pago de cantidades adeudadas, bajo apercibimiento de resolución del contrato.*
- *Documento de inspección a la residencia de ancianos de fecha 14 de junio de 2007 (nº registro de entrada 4164. Fecha de entrada 16-6-2007). Manifiesta diversas deficiencias.*
- *Escrito de alcaldía de 11 de julio de 2007 (nº de registro de salida 4638. Fecha de salida 10-7-2007). Se comunica a la mercantil que se va a proceder a resolver el contrato ante el reiterado incumplimiento de obligaciones: obligaciones económicas; obligación de presentar mensualmente relación de los trabajadores contratados; obligación de comunicar al Ayuntamiento altas y bajas de residentes.*
- *Escrito de alcaldía de 28 de septiembre de 2007 (Nº de registro de salida 5711. Fecha de salida 28-9-2007). Se comunica a la mercantil la existencia de una deuda de 59.697,47 euros. Se le informa de que se van a adoptar las medidas tendentes a la resolución del contrato.*
- *Informe de la Oficina Técnica de 20 de agosto de 2008. Se indican deficiencias en cuanto a los contratos de mantenimiento relativos a la prestación de la actividad.*
- *Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de sesión de 16 de noviembre de 2009. Se concede a la mercantil un plazo de 10 días para subsanar deficiencias en una chimenea instalada incumpliendo la normativa.*
- *Informe del Arquitecto Municipal de fecha 3 de junio de 2010 sobre el cumplimiento de las mejoras del contrato. Se desprende el incumplimiento de diversas mejoras a las que la mercantil se comprometió contractualmente".*

TERCERO.- Además de la documentación que se menciona en el informe del Secretario General, aparece incorporada al expediente la que se hace

constar a continuación, por considerar que su contenido ha servido de sustento al acuerdo de resolución contractual:

a) Informe del Jefe de la Policía Local, obrante al folio 79, en el que se indica lo siguiente:

"Existen numerosas quejas verbales de familiares de residentes referidas al funcionamiento deficiente de la Residencia Virgen de la Esperanza, durante el período de referencia, si bien, dichas quejas no se han materializado en denuncia escrita, según los propios requirentes, por temor a posibles represalias para con sus familiares residentes.

Las citadas quejas se concretan básicamente en deficiencias respecto al funcionamiento del Centro, con hechos tales como la falta de control exhaustivo de los accesos, lo que ha conllevado retrasos injustificados a la hora de detectar la falta de algún interno que se haya podido "perder" en la localidad; así como la falta de personal de enfermería durante el turno de noche, disponiendo únicamente en este turno para la atención de todos los residentes, de dos auxiliares de clínica, hecho último éste constatado por esta Policía Local.

Del mismo modo, constan quejas por el mal funcionamiento del aire acondicionado y sistema de calefacción, aquejándose los residentes de pasar calor o frío en las diferentes estaciones del año, así como quejas de vecinos inmediatos al inmueble de la Residencia por el ruido generado por los motores de dicho sistema.

Asimismo, respecto al trato que reciben los residentes, existen quejas de familiares basadas fundamentalmente en el menú poco variado y tachado de, "escaso", así como de la utilización de material inadecuado, caso del empleo de bolsas de basura a modo de babero".

Al informe se unen diversos partes acreditativos de visitas realizadas por la Policía Local a la residencia, en las que se pudieron constatar alguna de las circunstancias que en aquél se indican.

b) Informe de la responsable del Servicio de Consumo del Ayuntamiento

de Calasparra, obrante al folio 132, del siguiente tenor:

"Que en este Servicio de Consumo se han presentado bastantes personas, familiares directos de algunos residentes que habitan en la ?Residencia de Ancianos Virgen de la Esperanza?, durante los años 2007, 2008, 2009 y 2010, para plantear sus quejas y denuncias y para solicitar información de los derechos que les asisten a sus familiares dentro de la Residencia y la Normativa de Régimen Interno aplicada.

La quejas y denuncias que han presentado ha sido mayoritariamente, por falta de personal, auxiliares de enfermería durante el día y la noche muy escasos, medico una vez a la semana, por mal funcionamiento de los aparatos de aire acondicionado y calefacción, diferencia de trato de unos residentes a otros en función de la aportación económica que depositan, pérdida de ropa de los residentes, falta de aseo personal, alimentación deficiente y no equilibrada, sin tener en cuenta las enfermedades del residente, menú único y poco variado, etc. Todas las denuncias recibidas se han remitido a la Dirección General de Personas Mayores (IMAS) y a la propia Residencia 3ª Edad Virgen de la Esperanza, y las quejas verbales se ha intentado mediar telefónicamente y por escrito, con la propia Residencia. Adjunto expedientes de denuncias".

A este informe se unen las copias de las denuncias, así como de los escritos de remisión a la Dirección de Personas Mayores del IMAS.

c) Certificado emitido por el Secretario de la Corporación Local, en el que se hace constar la visita girada a la Residencia para hacer entrega de la siguiente documentación firmada por algunos de los trabajadores de dicho centro:

- Solicitud de abono del salario correspondiente al mes de junio de 2010.
- Que se cumplan las ratios de personal según la normativa autonómica.
- Que se facilite uniforme y calzado para el trabajo.
- Recibo de Salarios según convenio.
- Recibir un adelanto del 100% del salario.
- Cubrir vacantes por descanso, libre disposición e incapacidad temporal.
- Licencias (4 días de libre disposición por trimestre).
- Percibir los atrasos del convenio de 2006.

- Facilitar el material suficiente para aseo del residente, menaje y lencería.

d) Informe sobre la inspección a la residencia llevada a cabo por tres técnicos municipales, acompañados de la Concejal de Servicios Sociales, que obra al folio 271 y siguientes, en el que se hace constar una serie de deficiencias observadas en la fachada y entrada principal, en el patio, en el sótano, en las tres plantas, así como en la terraza. Al informe se une un reportaje fotográfico.

e) Requerimientos efectuados por el Alcalde a la mercantil contratista concediéndole un plazo para subsanar los defectos detectados (folios 318 y siguientes), así como contestación de la empresa y remisión de alguno de los documentos solicitados (folios 343 y siguientes).

CUARTO.- En sesión celebrada el 18 de noviembre de 2010 el Pleno del Ayuntamiento, a la vista de informes técnicos, denuncias y escritos que evidencian, a su juicio, incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones, acordó el inicio del expediente de resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones esenciales del contrato, que concreta del siguiente modo:

a) Deficiencias en la prestación del servicio puestas de manifiesto por quejas de familiares de residentes, así como por escrito presentado el día 1 de septiembre de 2010, por los propios trabajadores, mediante el que denuncian el recorte de productos para el aseo de los residentes y el mal funcionamiento del aire acondicionado y de la calefacción.

b) Falta de pago de las nóminas de los trabajadores que prestan servicio en la Residencia, que manifiestan, en el escrito que se indica anteriormente, que desde el mes de mayo de 2010 no reciben la liquidación mensual en su fecha correspondiente y que a primero de septiembre aún no se les ha abonado las liquidaciones de los meses de julio y agosto, ni los atrasos correspondientes al año 2006 en relación con parte de los trabajadores.

c) No ejecución de las obras y mejoras contenidas en la oferta que sirvió de base para la adjudicación del contrato y que se encuentran contenidas expresamente en él.

QUINTO.- Con posterioridad a la concesión del trámite de audiencia se incorporan al expediente una serie de documentos (los que figuran a los folios 547 y siguientes), que vienen a incidir sobre los extremos ya puestos de manifiesto con anterioridad. No obstante, cabe destacar entre ellos los siguientes:

a) Un oficio del Alcalde del Ayuntamiento de Calasparra dirigido a la Directora General del IMAS, mediante el que se le notifica la utilización por parte de la Residencia de radiadores portátiles, lo que considera no se adecua a la normativa aplicable y supone, además, un grave riesgo para los residentes

b) Informe emitido por el Ingeniero Técnico Municipal sobre la climatización en la Residencia, en el que se señala lo siguiente:

"Se comprueba según consta en los archivos Municipales, los documentos acreditativos del perfecto funcionamiento de las instalaciones de climatización a la entrega de la misma, a la actual empresa concesionaria de la Residencia.

Tales documentos son:

Final de Obra de las instalaciones de climatización, firmado y visado por Técnico competente y visado por Colegio Oficial correspondiente.

Certificado de la empresa instaladora que llevó a cabo las instalaciones, siguiendo el Proyecto del Técnico anteriormente referenciado.

Puesta en Marcha o Inspección de las referidas instalaciones por la Dirección General de industria Energía y Minas.

Visita de inspección realizada por el Técnico que suscribe, con personal perteneciente a la empresa actualmente concesionaria, de comprobación de

funcionamiento de las instalaciones existentes en la Residencia.

Asimismo, se constata, que aunque la empresa concesionaria ha debido pasar anualmente un informe de estado de las instalaciones, además de la copia de los contratos de mantenimiento que obligatoriamente ha de suscribir con empresas mantenedoras de las distintas instalaciones de la residencia, nunca o rara vez ha hecho este informe o a (sic) presentado la copia de los mencionados contratos de mantenimiento.

Es evidente, que la continuada falta de mantenimiento de las instalaciones de la residencia, concretamente de la instalación de climatización, ha derivado en que la avería existente en la actualidad en una de las máquinas de la instalación, sea de difícil y costosa reparación en el momento actual".

SEXTO.- Mediante escrito que tiene entrada en el registro del Ayuntamiento con fecha 9 de diciembre de 2011, la mercantil formula alegaciones que pueden resumirse así:

1º. Sobre los supuestos incumplimientos laborales en relación con los trabajadores de la empresa, indica que las imputaciones sólo se basan en un escrito de los trabajadores cuyo contenido no ha sido demostrado en ningún momento. Niega las imputaciones y afirma que la empresa ha cumplido todas sus obligaciones laborales.

2º. Sobre el incumplimiento de las mejoras ofertadas, las cuales se recogen en el contrato, las analiza una a una, admitiendo que algunas no se han llevado a cabo por propia indicación del Ayuntamiento, como la sala de hidroterapia; que otras no se han ejecutado por imposibilidad técnica de hacerlo, como el ascensor; y, por último, indica las que sí se han realizado, como el almacén.

3º. Sobre las supuestas reclamaciones a la oficina del consumidor, alega que el no haber culminado ninguna de ellas en la instrucción de un expediente sancionador evidencia que se trata de simples quejas, como las que cualquier servicio público recibe, dándose, además, el caso de que la mayoría de ellas hacen referencia al mal funcionamiento del aparato de climatización del centro, circunstancia que considera que resulta imputable al Ayuntamiento porque las deficiencias derivan de la mala instalación que

se hizo al construir el edificio.

Finaliza manifestando que se está prestando una correcta asistencia a los residentes y que, por tanto, no existe causa de resolución del contrato, por lo que solicita el sobreseimiento del expediente o, en su defecto, que se reciba el procedimiento a prueba, con el fin de practicar las que a su derecho convenga.

SÉPTIMO.- Mediante resolución de la Alcaldía de 28 de diciembre de 2010 se accede a la petición del contratista, acordando la apertura del período de prueba por un plazo de 10 días para que pueda proponer la que estime conveniente.

La mercantil, mediante escrito presentado el día 10 de enero de 2011, solicita la práctica de las pruebas que se recogen a los folios 590, 591 y 592 del expediente, las cuales se admiten por el Ayuntamiento con excepción de las que a continuación se indican, por los motivos que también se señalan:

1. Certificación del Secretario en relación con el contrato suscrito entre el Ayuntamiento y la -- para la prestación del servicio de rehabilitación, con indicación de la minoración sufrida en la superficie del sótano de la residencia gestionada por el contratista, cuya práctica se deniega por considerar que se trata de una relación contractual ajena a la que ahora se pretende resolver.

2. Certificación del Secretario o Interventor delegado del Patronato sobre las cantidades retenidas por dicho Patronato a la mercantil "--" por orden judicial, indicando si ésta venía referida a créditos que tuviese el citado Patronato a favor de -- o, en su caso, certifique a quien se dirigió el Juzgado para retener dichos pagos. No se admite la prueba al considerar que los hechos sobre los que versa no guardan relación con el expediente de resolución que ahora se sustancia.

3. Que se libre oficio a la Consejería de Sanidad y Consumo para que informe sobre las sanciones que hubiera podido imponer a la mercantil --, por denuncias en materia de consumo y sanidad de la residencia o, en su caso, la inexistencia de las mismas. Tampoco se admite al estimar el Ayuntamiento que de haberse producido aquéllas la Corporación Local habría tenido conocimiento, pues, a pesar de tener el servicio contratado,

ella sigue siendo su titular, por lo que se asume que no han existido sanciones.

La inadmisión de estas pruebas se notificó al contratista, que se aquietó ante la decisión municipal.

OCTAVO.- El Pleno de la Corporación Local, en su sesión del día 1 de febrero de 2011, a la vista de la complejidad de la prueba propuesta que ha de ser examinada e informada por los servicios técnicos municipales, acuerda, con amparo en lo previsto en el artículo 49.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LPAC), ampliar el plazo para resolver y notificar el expediente en un mes y medio.

NOVENO.- Se incorpora al expediente un informe jurídico de una consultora privada en el que, tras analizar los antecedentes, realiza las siguientes consideraciones jurídicas sobre las alegaciones del contratista y las pruebas practicadas:

1º. Respecto del incumplimiento de las obligaciones laborales de la empresa contratista.

Del fichero de pagos aportado por la mercantil queda acreditado que las nóminas no se abonan dentro de los primeros cinco días del mes, sino diez días después. En cuanto al supuesto acuerdo de mediación con los trabajadores, se trata en realidad de un acuerdo puntual mediante el que la empresa se compromete a abonar las cantidades que adeudaba y ante ello los trabajadores desconvocan la huelga que tenían anunciada.

Se señala, asimismo, que las funciones de consulta, control y seguimiento de los asuntos de interés relacionados con el servicio contratado, se encomiendan, según la cláusula 17 del contrato, al Consejo Consultivo de la Residencia, órgano ante el que, durante la vigencia del contrato, se han llevado en múltiples ocasiones las quejas de los trabajadores sobre retrasos en el pago de las nóminas, no cobertura de bajas y falta de suministros para atender a los residentes. Circunstancias que han vuelto a reiterarse mediante escrito fechado el 28 de enero de 2011, lo que evidencia que no se trata de un incumplimiento puntual y aislado, sino una inobservancia

reiterada de una obligación esencial del contratista.

2º. Respecto del incumplimiento del contrato en la ejecución de las mejoras ofertadas.

En relación con las mejoras no realizadas con consentimiento del Ayuntamiento, se señala que ello no supone que el contratista quede relevado de su obligación de ejecutar otras en sustitución. *"Precisamente en este sentido, en sesión celebrada el 13 de mayo de 2008 por el Consejo consultivo de la Residencia de ancianos, el Alcalde-Presidente ya comunicó a la empresa que se estudiasen y presentasen otras mejoras en sustitución de las mejoras relativas a la sala de hidroterapia y la morgue, sin que hasta la fecha se hayan presentado o realizado otras alternativas"*.

Por otro lado, hace referencia a otro tipo de mejoras que no se han realizado, sin que la empresa haya formulado ninguna alegación al respecto, de donde se deduce que acepta su imputación. Esas mejoras consisten en la apertura de una cafetería para no residentes; dos salones, uno para asistidos y otro para válidos; y acondicionamiento de la calle salón en la parte trasera de la residencia.

3º. Respecto de las reclamaciones en la Oficina del Consumidor.

En relación con estas quejas las alegaciones de la mercantil se centran en dos aspectos: uno, que datan del año 2008 sin que se haya abierto expediente sancionador alguno y, otro, que la mayoría se refieren al funcionamiento del aire acondicionado cuyas deficiencias imputa al Ayuntamiento.

Según el informe la *"empresa como encargada de la gestión del servicio también lo es de la gestión del centro y, por tanto, está obligada a mantenerlo en perfectas condiciones de uso, siendo a su costa cuantas reparaciones sea preciso realizar al respecto. Téngase en cuenta que el contrato fue suscrito con fecha 23 de febrero de 2004, momento en el que el Ayuntamiento entrega la residencia en perfectas condiciones de uso a la empresa contratista, no habiéndose producido estos fallos en las instalaciones hasta 2008"*.

Respecto de las demás quejas vertidas por los familiares de los residentes, la mercantil no formula alegación alguna, por lo que deduce que las acepta.

Concluye el informe proponiendo la adopción de los siguientes acuerdos:

a) Desestimar las alegaciones del contratista.

b) Resolver el contrato con incautación de la garantía, sin perjuicio de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios producidos.

DÉCIMO.- El día 9 de de marzo de 2011 el Pleno de la Corporación, considerando que las alegaciones formuladas por la empresa contratista y la práctica de la prueba propuesta no desvirtuaban los incumplimientos que se le imputaban, adoptó los siguientes acuerdos:

"Primero.- Desestimar las alegaciones formuladas por la mercantil "--" frente al acuerdo de Pleno de 18 de noviembre de 2010, por el que se acuerda incoar expediente de resolución del contrato de gestión del servicio público geriátrico y centro de día ?Residencia de Ancianos Virgen de la Esperanza?.

Segundo.- Proponer la resolución del contrato suscrito, de fecha 16 de febrero de 2004, de gestión del servicio público geriátrico y centro de día ?Residencia de Ancianos Virgen de la Esperanza?.

Tercero.- Incautar la garantía definitiva depositada por el contratista en el Ayuntamiento por importe de 4.320 euros, sin menoscabo de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios producidos como consecuencia del incumplimiento por el contratista de sus obligaciones contractuales.

Cuarto.- Dar traslado al Consejo Jurídico de la Región de Murcia, al haberse formulado oposición por parte del contratista, con el fin de que por dicho Órgano Consultivo, con carácter urgente, se emita dictamen y, a la vista del mismo, se resuelva lo que proceda.

Quinto.- Notificar la presente resolución al contratista, haciéndole saber que contra dicho acuerdo no cabe formular alegaciones.

Sexto.- Dar cuenta del acuerdo a Intervención y Tesorería, a los efectos pertinentes".

No consta acreditado en el expediente la notificación de este Acuerdo a la empresa contratista.

UNDÉCIMO.- Con fecha 11 de marzo de 2011 tiene entrada en el Consejo Jurídico escrito del Alcalde-Presidente de la Corporación por el que solicita la emisión del preceptivo Dictamen de este Órgano Consultivo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en la resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con lo dispuesto en el artículo 195.3, a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

SEGUNDA.- Competencia y régimen jurídico aplicable.

I. Competencia.

Adjudicado el contrato que nos ocupa por el Pleno del Ayuntamiento (conforme a la atribución competencial que en esta materia efectuaba el artículo 22.2,m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, hoy recogida en los apartados 1 y 2 de la Disposición Adicional segunda LCSP), la resolución de aquél corresponde también al Pleno (artículo 207.1 LCSP y 109.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en lo sucesivo RCAP). La propuesta de resolución de contrato sometida a Dictamen de este Órgano Consultivo, adoptada por el Pleno de la Corporación Local, se ajusta a las normas competenciales citadas.

II. Régimen jurídico.

Como quiera que el contrato al que afecta el expediente de resolución fue adjudicado el 30 de octubre de 2003, su régimen jurídico queda conformado por las disposiciones contenidas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP) y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP).

Por otra parte, deben tenerse en cuenta las estipulaciones contenidas en el PCAP, que incluye los pactos y condiciones definidoras de los derechos y de las obligaciones que asumen las partes en el contrato, constituyendo por ello la ley del mismo y vinculando por igual a la Administración y al contratista, en cuanto no se opongan a lo dispuesto en la normativa mencionada.

En cambio, y de acuerdo con reiterada doctrina del Consejo de Estado (entre otros, Dictámenes números 1767/2005, 2315/2004, 2314/2004, 2382/2003, 142/2003, 8/2003, 1598/2002, 527/2000 y 3437/99), la determinación de la Ley aplicable al procedimiento de resolución del contrato y a la competencia del órgano que debe acordarla se rige por criterios diferentes, distinguiendo a efectos de régimen transitorio entre aspectos materiales y procedimentales y aplicando a estos últimos la norma bajo cuya vigencia se inicia el procedimiento en cuestión. En particular, este procedimiento de resolución del contrato se incoó el 18 de noviembre de 2010, y por consiguiente está sometido en sus aspectos procedimentales y de competencia tanto a la LCSP como al vigente RCAP, en lo que no se oponga a la citada Ley.

El anterior sistema de fuentes nos sitúa en el ámbito normativo dentro del cual debe analizarse la procedencia o no de la resolución del contrato. Y dentro de ese marco se aprecia como premisa fundamental que, en cuanto el contrato a que se refiere la consulta tiene por objeto la gestión de un servicio público, la posición de las partes contratantes y el contenido de derechos y obligaciones correspondientes a cada una de ellas presentan especiales características, justificadas por la satisfacción de una necesidad de interés público subyacente en el contrato. Son, precisamente, la protección e inalterabilidad de ese fin de interés público las que explican las modulaciones del régimen de estos contratos respecto de las reglas comunes de la contratación en general, justificando en el seno de una relación bilateral la existencia de importantes potestades administrativas unilaterales de dirección y policía así como las prerrogativas administrativas para decidir por sí misma la resolución del contrato, del *ius interpretationis* y de la *potestas variandi* sobre el objeto del contrato, poderes que se integran en el llamado privilegio de la decisión ejecutoria, cuyo efecto para el contratista no es otro que la sujeción a dicha potestad y el correlativo desplazamiento de la carga impugnatoria frente a los acuerdos administrativos dictados en ejercicio de aquella (artículo 59 TRLCAP y artículo 194 LCSP).

TERCERA.- Cuestiones procedimentales.

I. Sobre el procedimiento seguido con antelación a la adopción del Acuerdo del Pleno por el que se propone la resolución contractual.

El Consejo Jurídico entiende que el procedimiento administrativo de resolución contractual no se ha verificado con todas las exigencias legales, pues no se ha observado correctamente el trámite de audiencia al contratista. En efecto, el artículo 84 LPAC, dispone que dicho trámite ha de evacuarse instruidos los procedimientos e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución. La finalidad de esta disposición es, precisamente, evitar la indefensión del interesado, ofreciéndole la totalidad del expediente para que pueda examinarlo y alegar lo que a su derecho convenga. Por ello, cuando con posterioridad al trámite de audiencia se incorporen nuevos elementos con trascendencia fáctica que puedan ser relevantes para la resolución que se dicte, se ha de reiterar la audiencia al interesado. No se ha hecho así en el caso remitido en consulta, pues tras la audiencia se ha incorporado una serie de documentos entre los que figura, al folio 559, un informe técnico que hace referencia al perfecto funcionamiento de las instalaciones de climatización en la fecha de entrega de la Residencia a la empresa concesionaria, circunstancia que se negaba por el contratista en su escrito de alegaciones y sobre la que basaba parte

de su defensa ante las imputaciones del órgano de contratación en este concreto aspecto. Una correcta aplicación del precepto antes citado hubiese llevado a dar audiencia al contratista de la nueva documentación incorporada y, en particular, del informe al que se hace referencia.

Por otro lado, se constata que la empresa contratista en su escrito de alegaciones solicita que se le emplace como interesada ante este Consejo Jurídico, al objeto de alegar en defensa de su tesis. Manifestada, pues, la voluntad de la mercantil de hacer uso del derecho que le asiste de ser oído ante este Órgano Consultivo (artículo 48 del Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril), el Ayuntamiento, con el fin de facilitar la efectividad de dicho derecho, debería haberle advertido que tal solicitud ha de deducirse directamente ante el Consejo Jurídico.

II. Sobre el procedimiento de resolución contractual.

El artículo 207 LCSP establece que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de la Ley se establezca. Al no haberse dictado dichas normas el *iter* procedimental a seguir será, con observancia de las reglas establecidas en el artículo 195 LCSP, el previsto en el artículo 109 RGCAP que sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales.
- b) Audiencia del avalista o asegurador, si se propone la incautación de la fianza.
- c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los supuestos de resolución por falta de constitución de la garantía definitiva y por demora en la ejecución del contrato.
- d) Dictamen del Consejo de Estado u Órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Consta el acuerdo sobre la notificación a la mercantil y al avalista, - letras a) y b)- aunque dicha circunstancia no se encuentra documentada. Atendida la causa de resolución esgrimida en la propuesta sometida a consulta (incumplimiento de condiciones esenciales del contrato), resulta preceptivo

el informe del Servicio Jurídico al que hace referencia el apartado c). En el supuesto que nos ocupa dicho informe ha sido emitido por una consultora privada, sin que conste el correspondiente visado del Secretario del Ayuntamiento o del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación, a los que corresponde la emisión de dicho informe a tenor de lo establecido en el apartado 8 de la Disposición Adicional Segunda de la LCSP, sobre normas específicas de contratación en las Entidades Locales. Por otra parte, la emisión del presente Dictamen persigue hacer efectivo el requisito de la letra d).

III. Sobre la ampliación del plazo para resolver y notificar el expediente.

Como se ha recogido en los Antecedentes del presente Dictamen, el Pleno, mediante Acuerdo adoptado el 1 de febrero de 2011, procedió a ampliar el plazo para resolver y notificar el expediente de resolución contractual, basándose para ello en lo dispuesto en el artículo 49 LPAC, cuyo apartado 1 prevé que *"la Administración, salvo precepto en contrario, podrá conceder de oficio o a petición de los interesados una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero"*.

La LPAC trata de la ampliación de los plazos en dos sitios distintos: artículo 42 y artículo 49; y aunque ambos preceptos se refieran a prórroga de plazos, se trata de cuestiones distintas, pues en el 42.6 lo que se alarga es el tiempo total de duración del procedimiento, mientras en el 49.1 lo que se amplía es el plazo de un trámite determinado.

Según lo anterior resulta evidente que la ampliación que llevó a cabo el Ayuntamiento debió basarse en el artículo 42.6, cuyo tenor literal dispone lo siguiente:

"Cuando el número de las solicitudes formuladas o las personas afectadas pudieran suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución, el órgano competente para resolver, a propuesta razonada del órgano instructor, o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, a propuesta de éste, podrán habilitar los medios personales y materiales para cumplir con el despacho adecuado y en plazo."

Excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles.

De acordarse, finalmente, la ampliación del plazo máximo, éste no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento.

Contra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno".

En orden a los efectos de la ampliación adoptada, este Consejo se remite a la doctrina sentada en el Dictamen 151/2010, que abordó la pertinencia de acudir, en sede de un procedimiento contractual, a las previsiones contenidas en la LPAC en relación con el procedimiento administrativo común.

En el citado Dictamen se expone que:

"Los plazos se establecen para ser cumplidos y esta regla resulta válida tanto para los interesados como para la Administración, de ahí que la LPAC configure un ejercicio excepcional de esta potestad que se justifica en la propia inalterabilidad de los plazos, cuyo fundamento último se encuentra en el principio de seguridad jurídica, cuyo sentido se ve reforzado si se trata de la ampliación del plazo de duración total del procedimiento. Ello explica que sólo se permita la ampliación cuando exista una imposibilidad material de resolver y notificar los procedimientos motivada por el elevado número de solicitudes formuladas o de personas afectadas, circunstancias que no concurren en el supuesto que nos ocupa.

Partiendo de que estos son los dos únicos casos contemplados por el legislador, la Administración no puede decidir de forma unilateral la ampliación de los plazos ante la concurrencia de cualquiera de estos supuestos, es preciso, con carácter previo, haber agotado todos los medios personales y materiales disponibles y aun así esa ampliación no resultaría idónea en el seno de procedimientos sancionadores o en los que se ejercen potestades exorbitantes susceptibles de producir efectos gravosos para los interesados (categoría esta última en la que encaja el procedimiento de

resolución contractual). En este sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 25 de enero de 2002 al afirmar que ¿la excepcional medida de ampliación del plazo máximo de resolución sólo está legalmente contemplada para procedimientos iniciados a instancia de parte o susceptibles de producir efectos favorables a los interesados y siempre que en ellos exista un gran número de solicitudes o resulte afectado un elevado número de personas. Por el contrario, en los procedimientos iniciados de oficio en los que la Administración ejercite potestades sancionadoras o susceptibles, en general, de producir efectos desfavorables o de gravamen, la norma específica del artículo 44 de la Ley 30/92, no sólo no contempla la posibilidad de aquella excepcional medida ampliatoria, sino que terminantemente ordena la caducidad y el archivo del expediente para el supuesto de haber vencido el plazo máximo establecido sin haberse dictado y notificado la resolución expresa procedente. Y no debe perderse de vista que la ampliación de oficio de los plazos legalmente establecidos, que autoriza con carácter general el artículo 49 de la propia Ley 30/92, tiene siempre como límite el que con tal medida no se perjudiquen derechos de tercero. Precepto que lleva a igual conclusión de que en los procedimientos sancionadores o susceptibles de efectos desfavorables o de gravamen no está autorizada la ampliación del plazo legal máximo de resolución?

En definitiva, el presupuesto legal de referencia, dado su carácter de excepción obliga a interpretarlo en sentido estricto, no siendo susceptible de extensión analógica a casos no contemplados en la norma, pues como ha expresado el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de febrero de 1992 en la aplicación de excepciones no es lícito interpretaciones extensivas o analógicas (doctrina ínsita en el artículo 4.2 del Código civil), y excepcional es el supuesto de ampliación del plazo máximo de resolución de los procedimientos administrativos, como así lo llama la norma que lo autoriza; razón por lo que sólo cabrá esta medida, y en su caso, para los concretos presupuestos que la propia norma señala.

El TS ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de concretos expedientes en los que se había ampliado el plazo para resolver y notificar al amparo de lo dispuesto en el artículo 42.6. Así, en Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 10 de julio de 2008, se afirma que la ampliación de plazo que se llevó a cabo en el expediente objeto del litigio resultaba justificada atendiendo ¿a la necesidad de contrastar una muy abundante información relativa a múltiples líneas telefónicas (?correspondientes a más de cien denunciantes?) y a la evidente complejidad del expediente. Y es que tanto la primera como la segunda resolución ampliatoria de los plazos están sobradamente justificadas, sin que las razones para ello se deban limitar en este caso al ¿número de solicitudes formuladas o del número de personas afectadas?, motivos determinantes más bien de un incremento en la habilitación de medios personales y materiales para su despacho?. Asimismo, en Sentencia de la

misma Sala de 18 de septiembre de 2009, al analizar el citado artículo 42.6, dice que "la Ley prevé, en consecuencia, que ante la acumulación de un número excesivo de asuntos a resolver se habiliten los medios personales y materiales necesarios para resolver en plazo dichos asuntos. Y que, excepcionalmente, "agotados todos los medios a disposición posibles" (...) en el caso de autos la razón para la aplicación de la ampliación del plazo está claramente determinada, el número de expedientes -cuantificándose incluso los del año, a los que había que sumar los de años anteriores todavía en tramitación-, y la necesidad de recabar informes externos, cuya mayor o menor rapidez de tramitación no depende directamente del órgano que ha de resolver. Y, en cuanto a la utilización de otros medios, es verdad que, como la Sala de instancia señala, la Orden no especifica si se pudo arbitrar o no algún otro medio extraordinario -tan sólo se afirma que "se consideran agotados todos los medios a disposición posibles"-, y solamente a posteriori se ha aducido la imposibilidad de trasladar personal a la unidad administrativa afectada. Sin embargo, tampoco la empresa solicitante de la licencia sugiere ninguna otra posibilidad de medios extraordinarios para el puntual cumplimiento del plazo ordinario para resolver. Por otra parte, debe también admitirse que si la Administración ha de hacer frente a una excesiva acumulación de expedientes de cualquier género tiene que enfocar el cumplimiento regular de los plazos de una manera global respecto a todos ellos, por encima de las incidencias de cada expediente en concreto, por lo que la ampliación del plazo se presenta como una respuesta extraordinaria razonable para el conjunto de tales expedientes".

No existiendo una analogía clara entre los supuestos de hecho contemplados en estas sentencias (elevado número de personas afectadas - más de cien denunciante- en la primera, y excesiva acumulación de expedientes en la segunda) y las concretas circunstancias que según el Ayuntamiento concurren en el presente expediente, complejidad de la prueba propuesta que exige un minucioso análisis y posterior informe, se hace preciso valorar el riesgo jurídico de una eventual declaración judicial de caducidad lo que, a juicio de este Órgano Consultivo, aconseja plantearse, si se opta por continuar con la resolución contractual iniciada, la conveniencia de que dicha declaración se lleve a cabo en vía administrativa, iniciando un nuevo expediente, posibilidad que se ve avalada por el hecho de que no consten debidamente acreditadas en el expediente razones de urgencia para la resolución del contrato, pues el servicio, en lo esencial, se está prestando. De aceptarse esta sugerencia se ha de tener en cuenta que en aplicación del principio general de conservación de actos y trámites que consagra el artículo 66 LPAC, no será necesario que el nuevo expediente que se incoe con dicho objeto sea tramitado íntegramente, sino que se podrán dar por reproducidos todos los informes y propuestas de resolución ya emitidos con anterioridad, debiendo practicarse, respecto del acuerdo del inicio del nuevo expediente, el trámite de audiencia al contratista y al avalista.

CUARTA.- Sobre el fondo del asunto.

I. Entrando en el análisis del fondo del asunto, la Administración consultante fundamenta la pretensión de resolución del contrato en el incumplimiento de las obligaciones esenciales de éste por parte del contratista, con apoyo en el artículo 111, g) TRLCAP, conforme al cual es causa de resolución de los contratos administrativos el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales.

Con carácter previo al análisis de todas y cada uno de los incumplimientos que la Corporación Local imputa a la mercantil, cabe recordar la doctrina de este Órgano Consultivo, tributaria de la del Consejo de Estado, en la que se afirma que en los supuestos de resolución contractual el interés público que ha de presidir la decisión administrativa exige que tal medida sea proporcionada al grado de incumplimiento detectado. El Consejo de Estado ha venido manifestando que *"la facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia tan grave que obliga a estimarla aplicable tan sólo a los casos más graves de incumplimiento, pues resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier incumplimiento, aun mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada mesura"* (entre otros Dictámenes de 1 de marzo de 1979, de 3 de noviembre de 2005 y de 11 de octubre de 2007).

En este mismo sentido el Consejo Jurídico, en su Dictamen 151/2010, entre muchos otros, ha afirmado que no es admisible que cualquier incumplimiento del contratista pueda ser considerado suficiente para que la Administración resuelva, por tal causa, el vínculo contractual de que se trate; habrá de estarse a las circunstancias del caso concreto para ponderar el carácter principal o accesorio de las obligaciones incumplidas por el contratista y el alcance obstativo o no de tales incumplimientos en relación con el objeto y fines del contrato. Y todo ello con respeto al principio de buena fe contractual y la necesidad de que el ejercicio de la potestad resolutoria guarde la debida proporcionalidad entre la tutela del interés público y los derechos de los particulares.

Resulta, pues, que salvo los supuestos en los que la resolución se impone *ex lege* a la Administración, la regla general es que no todo incumplimiento del contrato por parte del contratista puede servir de fundamento a su resolución. Se debe determinar cuáles son las notas que caracterizan los que podríamos calificar como incumplimientos con posible efecto o alcance resolutorio, esto es, los que facultan a la Administración para romper el

contrato si, ponderadas todas las circunstancias concurrentes en el caso, llega a la convicción de que ésta es la solución más satisfactoria para el interés general.

II. En el supuesto que nos ocupa la Administración se basa para proponer la resolución contractual en que la mercantil ha cometido múltiples incumplimientos de sus obligaciones contractuales, que concreta en tres apartados:

1.º Deficiencias en la prestación del servicio puestas de manifiesto tanto por familiares de residentes como por trabajadores de la residencia, haciendo especial hincapié en el mal funcionamiento del aire acondicionado y de la calefacción.

Las denuncias a las que se refiere el Ayuntamiento se encuentran documentadas en el expediente y se concretan en los siguiente hechos: falta de personal de enfermería; pérdida de ropa de los residentes; alimentación deficiente y no equilibrada; diferente trato a los residentes en función de su aportación económica; y mal funcionamiento de la calefacción y el aire acondicionado.

Ahora bien, también consta acreditado en el expediente que todas y cada una de las denuncias que se recibieron en la Oficina Municipal de información al Consumidor, fueron remitidas a la Administración sectorial competente en materia de servicios sociales, a la que, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 131/2005 de 25 de noviembre, por el que se regula el procedimiento sancionador de las infracciones en materia de servicios sociales, en relación con el artículo 3 de la Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia, le corresponde las facultades de inspección y sanción de las actividades desplegadas por la totalidad de entidades, incluidas las de carácter privado, que presten servicios sociales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, y tan sólo una de las irregularidades denunciadas fue objeto de investigación, en concreto la relativa al mal funcionamiento del climatizador de la residencia, sin que el resultado de la inspección efectuada diese lugar a incoación de expediente sancionador o, al menos, tal circunstancia no consta acreditada en el expediente. Es más, lo que sí aparece es la copia del acta levantada con ocasión de la visita realizada por los inspectores (folios 593 y siguientes), en la que se concluye que, aún constatadas deficiencias en el funcionamiento de las torres, la climatización en las dependencias comunes es adecuada (25 grados y ambiente confortable). Asimismo, se evidencia que no existe por parte de la empresa una actitud de pasividad negligente, pues se recoge la actividad desplegada en orden a

solucionar este problema hasta el punto de haber presentado al Ayuntamiento un presupuesto para la instalación de la calefacción.

2.º Falta de pago de las nóminas de los trabajadores que prestan el Servicio contratado que declaran, mediante escrito presentado por 30 trabajadores, en fecha 1 de septiembre de 2010 en el Ayuntamiento, que desde mayo de ese año no reciben la liquidación mensual en su fecha correspondiente y que a dicha fecha se les adeuda la liquidación de los meses de julio y agosto de 2010, así como el impago de atrasos correspondientes al año 2006 a parte de los trabajadores.

La demora en el pago de los salarios de sus trabajadores se admite por parte de la empresa, aunque, con la salvedad hecha de los meses de julio y agosto de 2010, aquélla sólo consistió en unos pocos días, y aunque ello supone, sin lugar a dudas, un incumplimiento del Convenio Colectivo que establece que dicho pago ha de realizarse en los primeros cinco días de cada mes, no se puede mantener, sin otras pruebas adicionales de menoscabo del servicio asistencial prestado por la contratista, que dichos incumplimientos puntuales hayan influido negativamente sobre la prestación principal del contrato. Por otro lado, aunque es cierto que el contratista no puede condicionar el cumplimiento del contrato a la percepción de las ayudas procedentes del IMAS, pues la ejecución del contrato lo es a su riesgo y ventura (art. 98 TRLCAP), tampoco puede obviarse tal circunstancia a la hora de modular la gravedad de la infracción cometida, que si bien no puede considerarse como leve (por su reiteración), carece, a juicio de este Órgano Consultivo, de la entidad suficiente para resolver el contrato si no se ha demostrado, con supuestos claros y concretos, su repercusión sobre la prestación esencial del contrato, sin que baste con la invocación genérica de tal hipótesis.

3º. No ejecución de las obras y mejoras contenidas en la oferta que sirvió de base para la adjudicación del contrato y que se encuentran contenidas expresamente en el mismo.

De los incumplimientos imputados a la empresa contratista éste constituye, en principio, el de más gravedad, pues las mejoras ofertadas por los licitadores constituyeron en su momento un elemento decisivo en la elección de la empresa adjudicataria (el 36% de la máxima puntuación que se podía obtener). Una eventual dejación culpable de las obligaciones impuestas al contratista por su propia oferta supondría una vulneración del contenido del contrato, a cuyo clausulado se incorporaron, pero también transgrediría los principios inspiradores del procedimiento de adjudicación que obligan a hacerlo a favor del licitador que presente la oferta más

ventajosa y que, en el caso que nos ocupa, resultaba ser la mercantil "--", debido a la superioridad técnica del proyecto que presentó, pero, si en última instancia, las obligaciones asumidas no se cumplen se habrían defraudado las legítimas expectativas del resto de licitadores.

III. Procede ahora analizar los supuestos de incumplimiento que se imputan al contratista, ponderando, como afirma reiteradamente el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 20 de septiembre de 1983, el grado de infracción por éste de las condiciones estipuladas y su intención dolosa o meramente culposa o negligente. Se atribuye a la mercantil no haber cumplido las mejoras ofertadas y al hacerlo no se concretan cuáles, por lo que hay que estimar que se refiere a la totalidad de ellas, que vienen recogidas en la cláusula 21 del contrato, agrupándolas en cuatro apartados:

A) Mejoras en rehabilitación, alimentación y aseo.

En lo que se refiere a la construcción de un gimnasio para rehabilitación y una sala de hidroterapia, mejoras que merecen la consideración de esenciales en orden a obtener una más óptima prestación de la obligación principal, atención a los residentes, aparece documentado en el expediente (folio 767) que las mismas no resultan necesarias por haber sido asumidas por otra empresa con la que el Ayuntamiento contrató dichos servicios.

La oferta de un menú variado y el aseo integral para todos los residentes, sólo ha sido cuestionada por algunos familiares en las denuncias a las que antes se hacía referencia, pero en ningún caso han dado lugar a la incoación de expediente sancionador, aunque el contenido de las mismas se remitió a la Administración autonómica competente para ello. Se ha de entender que el Ayuntamiento, a quien corresponde su prueba, no ha acreditado indubitadamente el incumplimiento que atribuye al contratista en este sentido.

Sí que parece que se haya incumplido la mejora consistente en la apertura de la cafetería y restaurante para no residentes, previa obtención de los permisos y licencias establecidos en la legislación vigente, pero nada prueba el Ayuntamiento sobre la repercusión que este incumplimiento pueda tener sobre la prestación esencial del contrato, es decir, la atención a los residentes, sin que tampoco conste en ningún documento de los incorporados al expediente que se haya instado al contratista a dicha apertura o, en el supuesto de que no se considerase necesaria, su

sustitución por otra mejora.

B) Mejora de las instalaciones.

De estas mejoras coinciden ambas partes en que no se han ejecutado las correspondientes a la construcción de una morgue, de una nueva residencia y la instalación de un ascensor camillero. En lo que se refiere a la primera obra, es decir, la morgue, en el acta correspondiente a la sesión del Consejo Consultivo de la Residencia (folio 767) el propio Alcalde indica que ya no resulta necesaria por existir en el pueblo un tanatorio. En lo que respecta a la nueva residencia el contratista aduce que la Corporación Local no ha puesto a su disposición los terrenos para ello, en tanto que el Ayuntamiento aduce al respecto que la mercantil no ha aportado prueba alguna de dicha omisión. Finalmente, en relación con la imposibilidad de instalar el ascensor camillero no se ha acreditado documentalmente tal dificultad, si bien es cierto que al folio 770, en el acta de la reunión del citado Consejo Consultivo celebrada el 28 de octubre de 2008, se recoge la manifestación del Director Gerente de la contratista sobre la existencia de ese problema.

Tampoco aquí observa el Consejo Jurídico un incumplimiento tal que afecte a la prestación esencial del objeto del contrato, salvo está en lo que respecta a la construcción de la nueva residencia que, a la fecha de inicio de la resolución del expediente, debería estar ya finalizada y en funcionamiento, pero no cabe, como pretende la Corporación Local, hacer recaer la sobre la mercantil la prueba negativa (*probatio diabólica*) sobre la no puesta a su disposición de los terrenos para ello, cuando tan fácil sería para el Ayuntamiento demostrar que sí lo había hecho.

C) Mejoras y anexos a los servicios a prestar.

De estas mejoras se resalta por el Ayuntamiento la no instalación del solarium (sin embargo, su no construcción fue aceptada por el Consejo Consultivo -folio 767-); y el acondicionamiento de la calle salón en la parte trasera de la residencia (ante lo que el contratista guarda silencio y la Administración omite la trascendencia del incumplimiento).

D) Otras mejoras

Aquí se destaca la obligación de construir una guardería que la empresa alega no haber ejecutado al no contar con espacio para ello, por haberse destinado 600 metros cuadrados del sótano a la clínica de rehabilitación contratada con otra empresa. La razón esgrimida por la mercantil fue aceptada por la Corporación Local (folio 767), aunque se acordó que la mejora se sustituyese por "ayudas a los trabajadores", cuya materialización ni se menciona ni se acredita en el expediente.

Tampoco existe un absoluto incumplimiento del apartado relativo a la instalación de los sistemas de llamadas de emergencias y de vigilancia y control, que el contratista entiende ejecutada, *"pues se hace a través de la centralita, basta descolgar el teléfono para que suene la alarma en la habitación y se realiza el control de presencia por este medio"*; aunque la Corporación Local indica que se ha de entender no ejecutada al no haberse facilitado, como se propuso, una pulsera a cada residente y marcos de seguridad en las puertas de salida de la residencia todo ello informatizado.

IV. Lo anterior evidencia que el contrato no se está cumpliendo con estricta sujeción a su clausulado y que entre la Administración y la mercantil existen serias divergencias sobre la trascendencia de las omisiones imputables al contratista, pero del análisis de todas y cada una de las obligaciones dejadas de cumplir, así como de las circunstancias que las rodean, el Consejo Jurídico deduce que no estamos ante un incumplimiento de tal entidad que sea capaz de frustrar el fin del contrato, al contrario, el contratista ha mostrado su disposición de cumplirlo, de donde resultaría aplicable al presente caso la doctrina jurisprudencial surgida con ocasión de la interpretación del artículo 1.124 del Código Civil, según la cual, es presupuesto preciso para llegar a la sanción resolutoria contractual la realidad de una voluntad manifiesta de incumplir, constitutiva de un hecho obstativo que impida el cumplimiento (STS de 22 de abril de 1991).

Por lo tanto, este Órgano Consultivo considera que los incumplimientos a los que hace referencia la causa de resolución alegada no pueden ser considerados como incumplimientos de las obligaciones esenciales del contratista, sino de las accesorias y complementarias, pues no impiden alcanzar el fin del contrato, la prestación asistencial a los residentes, teniendo en cuenta, además, las circunstancias que se han ido analizando pormenorizadamente en la presente Consideración.

QUINTA.- Consideraciones finales.

I. La conclusión alcanzada en la anterior Consideración no obsta para que la Administración contratante despliegue una serie de actuaciones en relación con los incumplimientos detectados en la actuación de la contratista o, incluso, sobre otros que hayan podido producirse con posterioridad a la remisión del expediente a este Órgano Consultivo, estableciendo, en el seno del Consejo Asesor de la Residencia, de un modo claro y detallado, las concretas mejoras que la empresa ha de efectuar en sustitución de las que resulten de innecesaria o imposible ejecución, llevando a cabo la modificación contractual que corresponda con los reajustes económicos que procedan, en su caso. Si la mercantil persistiese en los incumplimientos detectados u otros de otra índole, se deberían adoptar medidas correctoras tales como multas coercitivas, y de no prosperar tal medida cabe la posibilidad de iniciar un nuevo expediente de resolución contractual en el que, a la vista de las vicisitudes acaecidas y en razón al interés público que rige la contratación administrativa, que se materializa en el presente caso en la prestación del servicio residencial objeto del mismo, el órgano de contratación habrá de sopesar si resulta más conveniente al interés público la resolución contractual con la consiguiente liquidación y determinación de los daños y perjuicios, o la continuación de la prestación con el cumplimiento de las obligaciones recíprocas por ambas partes.

II. Por otro lado, ha de advertirse que de no seguirse la opinión del Consejo Jurídico, de modo que la Administración considere que ha de procederse a la resolución del contrato, ésta habrá de acordarse y notificarse antes de que finalice el plazo para ello que, computando la ampliación efectuada (con las reservas a las que se hace referencia en el apartado III de la Consideración Tercera), expira el próximo día 2 de abril de 2011.

III. Cabe advertir, por último, que, de incoarse un nuevo procedimiento de resolución, puede adoptarse, dentro del plazo, la suspensión por el tiempo que medie entre la petición de Dictamen sobre el fondo del asunto al Consejo Jurídico, y la recepción del mismo, en los términos previstos en el artículo 42.5,c) LPAC, decisión que debe comunicarse a los interesados.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución objeto de este Dictamen, al no quedar acreditado que concurra la causa de resolución invocada, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta.

No obstante, V.S. resolverá.
