Expediente: 22/2022
Objeto: Resolución del contrato de gestión del servicio de Centro de Día.
Dictamen: 30/2022, de 3 de octubre

DICTAMEN

En Pamplona, a 3 de octubre de 2022,

el Consejo de Navarra, integrado por don Alfredo Irujo Andueza Presidente, don Hugo López López, Consejero-Secretario, doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda, don José Luis Goñi Sein y don José Iruretagoyena Aldaz, Consejera y Consejeros,

siendo ponente don José Iruretagoyena Aldaz,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Formulación de la consulta

El día 15 de julio de 2022 tuvo entrada en el Consejo de Navarra un escrito del Vicepresidente Primero del Gobierno de Navarra en el que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.1, en relación con el artículo 14.1 de la Ley Foral 8/2016, de 9 de junio, sobre el Consejo de Navarra (en lo sucesivo, LFCN), se recaba la emisión de dictamen preceptivo sobre la propuesta de resolución del contrato de gestión del servicio de Centro de Día, remitido por la Asamblea de la Mancomunidad de Servicios Sociales de Base de la Zona de Noain.

Se acompaña a la solicitud de dictamen el expediente administrativo tramitado por la Mancomunidad de Servicios Sociales de Base de la zona de Noain que culmina con la propuesta de resolución que es objeto del presente dictamen.

I.2ª. Antecedentes de hecho

Del expediente administrativo remitido resultan los siguientes hechos y actuaciones relevantes:

Primero: Tras las actuaciones preparatorias necesarias, la Mancomunidad de Servicios Sociales de Base de la zona de Noain (en adelante, la Mancomunidad), en el mes de mayo de 2021, somete a pública licitación el contrato de servicios sociales para la gestión del Servicio de Centro de Día para mayores, con arreglo al Pliego de condiciones que regulaba las condiciones objeto del contrato destinado a la atención de las personas mayores de 65 años que padezcan algún deterioro psíquico y/o físico, permanente o transitorio, que precisen atención y tengan reconocida la condición de dependencia moderada, severa o gran dependiente.

Segundo: El Pliego de condiciones establecía el horario de atención del Centro de Día y los servicios que debían prestarse. En concreto, establecía como servicios mínimos del centro los de manutención, limpieza y mantenimiento mínimo del espacio y del mobiliario, cuidado personal de los usuarios con asistencia en las actividades básicas de la vida diaria (AVD) y el transporte mediante la utilización de vehículo adaptado. En cuanto a los servicios terapéuticos se relacionaban los de atención social y psicológica, terapia ocupacional y cuidados de la salud. En el ámbito de los programas de intervención con las personas usuarias, se requerían programas de intervención terapéutica (terapias funcionales, cognitivas, psicoafectivas y terapias socializadoras), programas de atención sanitaria (alimentación y nutrición, aseo e higiene, prevención y caídas, control de esfínteres y atención a enfermedades crónicas), programas de intervención con familias y cuidadores y programas de ocio.

Para atender y prestar tales servicios y programas, el Pliego de Condiciones establecía que para la atención estimada de treinta personas se requería el siguiente personal mínimo:

- Director/a (Trabajadora Social) con dedicación de 25 horas semanales.
- DUE/Enfermería con dedicación de 10 horas semanales.
- Psicólogo con dedicación de 10 horas semanales.

- Fisioterapeuta con dedicación de 15 horas semanales.
- Personal cuidador/Gerocultora a razón de una jornada completa por cada cinco usuarios.
- Conductor con dedicación de 15 horas semanales.

En cuanto a los derechos y obligaciones de contenido económico, el Pliego establecía que el contratista debería hacerse cargo de todos los gastos que se deriven de la prestación del servicio, incluidos los gastos de suministro de luz, gas, agua, teléfono e internet. La retribución del contratista consistía, para las plazas concertadas, en el cobro a todos los usuarios de las tarifas del servicio que sean aprobadas por el Gobierno de Navarra y, para las plazas no concertadas, el cobro a los usuarios de las tarifas del servicio que no podrán ser superiores al coste del servicio según el cuadro de ocupación de plazas concertadas del Gobierno de Navarra. El Pliego estimaba, para una ocupación de treinta usuarios a tiempo completo, un valor económico de 427.395,60 €, IVA excluido, por cada ejercicio económico, estableciendo una duración del contrato de cinco años, precisando que, si el contrato se resolviese con anterioridad, la empresa adjudicataria debería continuar con la prestación, excepcionalmente, en las mismas condiciones a instancia de la Mancomunidad, hasta que se resuelva una nueva adjudicación.

Tercero: El apartado 19 del Pliego, relativo a la ejecución del contrato establece el contrato se desarrollará bajo la supervisión, inspección y control de la unidad gestora del contrato que puede dictar las instrucciones necesarias para el fiel cumplimiento de lo convenido, precisando que, cuando el contratista incurra en actos u omisiones que comprometan o perturben la buena marcha del contrato, la Mancomunidad podrá exigir la adopción de medidas concretas para restablecer el buen orden en la prestación del contrato y que su incumplimiento implicará la imposición de las penalidades establecidas en la cláusula 29 del Pliego.

La cláusula 29 del Pliego del Contrato, además de concretar los motivos constitutivos de las infracciones leves, graves y muy graves, indica que al amparo del artículo 146 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de

Contratos Públicos (en adelante, LFCP), la Administración podrá imponer penalizaciones proporcionales a los incumplimientos hasta un máximo del 20% del valor estimado anual del contrato y, añade, que, cuando las penalidades impuestas excedan del 10% del valor estimado anual del contrato, procederá iniciar el procedimiento para declarar la prohibición de contratar conforme a lo establecido en el artículo 24 de la LFCP.

Cuarto: El apartado 32 del Pliego regula la resolución del contrato señalando que las causas de resolución serán las establecidas en los artículos 160 y 232 de la LFCP añadiendo que "el órgano de contratación podrá resolver el contrato en los casos en los que el servicio no se ajuste a las condiciones del presente pliego o al plan de trabajo, sin perjuicio de hacer uso de cuantas acciones le correspondan por razón de su cumplimiento. En este caso, se procederá de la siguiente manera: Si la prestación del servicio se realiza con deficiencias (atención a los usuarios, limpieza de las dependencias, calidad de las comidas, etc.), se comunicará verbalmente tal hecho al representante del contratista. Si se siguiera prestando el servicio con deficiencias, se realizará informe por la Unidad Gestora sobre el particular, trasladando el hecho a la empresa contratista. Si transcurridos tres días desde la notificación, siguieran las mismas prácticas, la Unidad Gestora podrá proponer la rescisión del contrato al órgano de contratación. En caso de tres reclamaciones por incumplimiento, siendo estas fundadas, se denunciará el contrato. La resolución prevista en este apartado, se podrá llevar a cabo con independencia de las posibles penalizaciones que se puedan imponer a tenor de lo estipulado en el apartado anterior."

Por su parte, el apartado 34 del Pliego contiene la regulación de la Comisión de Seguimiento, integrada por representantes de la Mancomunidad y de la empresa contratista, cuya función es la de vigilar el cumplimiento del contrato y dar el visto bueno a los planes de gestión, de utilización de las instalaciones, al programa anual de actividades, la gestión de incidencias con los usuarios y sus familias o cualquier otra cuestión que pueda surgir durante la vida del contrato.

Quinto: Al procedimiento de licitación se presentaron cuatro empresas, resultando adjudicataria, mediante acuerdo de la Asamblea de la Mancomunidad de 15 de julio de 2021, el…, formalizándose el contrato administrativo el 14 de septiembre de 2021.

Sexto: En el expediente remitido constan las Actas de las reuniones de la Comisión de Seguimiento celebradas los días 27 de octubre de 2021 y 20 de enero, 3 y 17 de marzo y 13 de junio de 2022, en las que se recogen las incidencias sobre la marcha de la prestación del servicio.

De las mismas se derivan ciertas preocupaciones por parte de la Gerencia del Servicio Social de Base sobre una pobre programación de actividades, tensiones en el equipo de trabajo de la empresa contratista, especialmente con la atribución a las gerocultoras de labores de limpieza, demasiada rotación y cambios en la dirección por parte de… y dificultades para cubrir determinados puestos de trabajo, especialmente el de enfermería. Igualmente se derivan tensiones de la dirección de la empresa gestora con alguna de sus trabajadoras que desembocaron en denuncias sindicales y el despido de una de ellas.

En concreto, el 28 de febrero de 2022, una representante del Sindicato… ante la Mancomunidad denuncia que, según informaciones recibidas, la empresa… estaba incumpliendo las obligaciones del Pliego, no disponiendo de un servicio propio de limpieza y que esa función se encargaba a las trabajadoras del centro. También se denunciaba la no sustitución del personal del centro en caso de vacaciones y bajas, repercutiendo en la calidad del servicio a los usuarios, por lo que requería a la Mancomunidad para que exigiera el debido cumplimiento de las obligaciones del adjudicatario.

Séptimo: El 3 de marzo de 2022, el…, en contestación al requerimiento efectuado por la Mancomunidad, presenta un escrito en el que manifiesta que llevan gestionando el Centro de Día de la Zona Básica de Noain desde el 14 de junio de 2019 y que durante todo ese tiempo las labores de limpieza han sido y son realizadas por el personal de cuidadoras/gerocultoras, cuestión perfectamente conocida por el Centro de

Día y que el VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y promoción de la autonomía personal, al que están adscritos sus trabajadores, indica que a las Cuidadoras/Gerocultoras se les puede atribuir labores de limpieza de utensilios, ropa y estancias, y que estas labores se realizan fuera de los grupos de trabajo.

El escrito continúa señalando que se presta el servicio manteniendo el número de personas ofertadas, que se corresponde con el ratio establecido por el Pliego regulador, aunque precisa que, en determinadas circunstancias excepcionales, ante una situación de incapacidad temporal de alguno de los trabajadores, no siempre es posible cubrir las vacantes de forma inmediata por la ausencia de disponibilidad de personal pero que incluso en los momentos en los que el centro estuvo cerrado debido a la Covid-19 se mantuvo la plantilla de cuidadoras.

Octavo: El 13 de mayo de 2022, la asesora del sindicato… envía un correo electrónico al Servicio Social de Base solicitando una reunión para abordar “la grave situación que la empresa adjudicataria del Centro de Día de Beriain (…) está generando en el mencionado centro de trabajo, para tratar principalmente lo que nosotros como sindicato entendemos una clara vulneración de la libertad sindical, así como el hostigamiento a las trabajadoras del centro, que ha derivado en un despido arbitrario a una de nuestras afiliadas”.

Noveno: El 15 de junio de 2022, la Gerente del Servicio Social de Base suscribe un informe sobre las condiciones en que se presta el servicio del Centro de Día a los efectos de que se estudie la adopción de medidas en relación con la posible situación de incumplimiento contractual. En el citado informe se refieren incumplimientos de la empresa adjudicataria por no ofrecer los servicios mínimos requeridos (programas de intervención terapéutica, de atención sanitaria y de intervención con familias y personas cuidadoras).

Respecto al programa de intervención terapéutica indica que se han visto carencias en cuanto a la programación y actividades realizadas. El proyecto presentado destacaba por ser ambicioso e innovador, sin embargo,

las labores realizadas han sido simples y reiterativas, tal y como se manifestó en el acta de la Comisión de Seguimiento de 27 de octubre de 2021 y fue reconocido por la adjudicataria.

Sobre el programa de atención sanitaria, se expone la ausencia de la figura de enfermería desde el 24 de junio de 2021, lo que ha supuesto que el equipo no esté completo y que su ausencia afecte a programas específicos como taller de cuidados del pie en diabéticos y aspectos relacionados con la atención a enfermedades crónicas, control de medicación, prevención de caídas, aseo e higiene, etc.”.

Dentro del programa de intervención con familias y personas cuidadoras, el informe señala que se consideró la intervención y acompañamiento a las familias cuidadoras como aspecto importante para evitar el síndrome del cuidador, planteándose la creación de una comisión de dinamización que no se ha llevado a cabo y reitera la no realización de algunas de las actividades propuestas en el proyecto de actividades para 2022.

El apartado 2 del informe de la Gerencia se refiere al incumplimiento de la dotación mínima de recursos humanos, reiterando la ausencia de enfermera desde el 24 de junio de 2021, a la vez que manifiesta preocupación por la rotación del personal técnico desde la pandemia (1/7/2020), afectando directamente a la calidad del servicio.

En el apartado 3, se pone de manifiesto una falta de transparencia de la empresa adjudicataria que no ha comunicado o informado a la Mancomunidad de algunos de los cambios operados, aspecto que fue advertido en el acta de la Comisión de Seguimiento de 14 de octubre de 2020. También se pone de manifiesto que no se tuvo conocimiento del despido de una cuidadora hasta que se presentó una denuncia de un sindicato. Actuaciones que generan desconfianza e inseguridad en un escenario de mucha incertidumbre y estrés emocional.

Décimo: El día 15 de junio de 2022, la Secretaria de la Mancomunidad de Servicios Sociales de Base emite informe de inicio de expediente de

resolución culpable del contrato en el que, tras reseñar los antecedentes que considera de interés, manifiesta que “iniciada la prestación del servicio y observado el incumplimiento de varias de las obligaciones por la adjudicataria, consta en el expediente que la técnico responsable del servicio, Sra…, informó verbalmente a la empresa. Posteriormente y dado que se reiteraba en el tiempo, en la Comisión de Seguimiento del 27 de octubre de 2021, se transmitió por la unidad gestora del contrato esta preocupación a la empresa, nuevamente manifestada en la Comisión de Seguimiento de enero de 2022. Ante la persistencia de los incumplimientos, la unidad gestora y los servicios técnicos de la Mancomunidad elevan informe proponiendo la resolución del contrato y ello ante la persistencia de diversos incumplimientos que resumidamente son los siguientes:

- Incumplimiento por no ofrecer los programas de intervención terapéutica (pág. 2 del pliego de condiciones).
- Incumplimiento por no ofrecer los programas de atención sanitaria (pág. 2 del pliego de condiciones).
- Incumplimiento por no ofrecer los programas de intervención con familias y personas cuidadoras (página 2 del pliego de condiciones).
- Incumplimiento de la dotación mínima de recursos humanos.
- Incumplimiento de la dotación de elementos útiles y materiales para la realización de talleres.
- Incumplimiento de otras obligaciones contractuales, como la falta de notificación fehaciente de los cambios que se produzcan en el servicio (concretamente, el cambio de dirección y despido de una trabajadora).

A la vista de ello, “teniendo en cuenta lo establecido en la LFCP, y en las cláusulas 10ª, 19ª y 21ª del Pliego de condiciones sobre obligaciones del contratista de cumplir el contrato con estricta sujeción a lo dispuesto en el Pliego y en la oferta”, considera que existe claro incumplimiento del contratista que ni tiene el personal mínimo necesario, ni cubre las bajas, ni presta el servicio en los mínimos ofertados, por lo que, conforme a lo establecido en las cláusulas 28ª y 32ª, procede a actuar de la siguiente manera:

- Si la prestación del servicio se realiza con deficiencias (atención a usuarios, limpieza de las dependencias, calidad de las comidas, etc.), se comunicará verbalmente tal hecho al representante del contratista.

- Si se siguiese prestando el servicio con deficiencias, se realizará informe por la Unidad Gestora sobre el particular, trasladando el hecho a la Empresa contratista.

- Si transcurridos tres días desde la notificación de la misma siguiesen las mismas prácticas, la Unidad Gestora podrá proponer la rescisión del contrato al órgano de contratación."

El informe de la Secretaria considera que por la Mancomunidad se ha seguido el procedimiento señalado, informando a la empresa de los incumplimientos; comunicaciones que constan en las actas de la Comisión de seguimiento de marzo y junio y que también se le informó el 26 y 27 de mayo de 2022, por la que procede elevar el expediente a la Mancomunidad para que se inicie expediente de resolución que se sustanciará conforme a lo establecido por el artículo 160 de LFCP.

El informe añade que en la cláusula 29ª del Pliego se regulan las penalidades por incumplimiento, relacionando una serie de faltas graves y muy graves y precisando que, cuando las penalidades por incumplimiento excedan del 10 por 100 del valor anual estimado del contrato, procederá iniciar el procedimiento para declarar la prohibición de contratar aplicando lo establecido en el artículo 24 de la LFCP.

La Secretaria estima que se han cometido las siguientes faltas:

1. No ofrecimiento de los programas de intervención terapéutica (pág. 2 del pliego de condiciones). Supone una falta de carácter muy grave, tipificada en el apartado a) de las faltas muy graves descritas en la cláusula 29ª.

2. No ofrecimiento de los programas de atención sanitaria (pág. 2 del pliego de condiciones). Supone una falta de carácter muy grave,

tipificada en el apartado a) de las faltas muy graves descritas en la cláusula 29ª.

3. No ofrecimiento de los programas de intervención con familias y personas cuidadoras (pág. 2 del pliego de condiciones). Supone una falta de carácter muy grave, tipificada en el apartado a) de las faltas muy graves descritas en la cláusula 29ª.

4. Incumplimiento de la dotación mínima de recursos humanos. Supone una falta de carácter muy grave, tipificada en el apartado a) de las faltas muy graves descritas en la cláusula 29ª.

5. Incumplimiento de la dotación de elementos útiles y materiales para la realización de talleres. Supone una falta de carácter muy grave, tipificada en el apartado a) de las faltas muy graves descritas en la cláusula 29ª.

6. Incumplimiento de otras obligaciones contractuales, como la falta de notificación fehaciente de los cambios que se produzcan en el servicio (concretamente, el cambio de dirección y despido de la una trabajadora), falta grave descrita en el apartado b) de la cláusula 29ª.

El informe, en el apartado de conclusiones, señala que procede iniciar expediente de resolución culpable tramitándose conforme al artículo 160 de la LFCP; igualmente, iniciar expediente para declarar la prohibición de contratar conforme a lo previsto en el artículo 22.1.m) de la LFCP y, por último, iniciar expediente para la imposición de penalidades conforme a lo regulado por el artículo 148 LFCP.

Decimoprimero: El mismo día 15 de junio de 2022, la Gerente de la Mancomunidad, en su condición de unidad gestora del contrato, a la vista del informe jurídico obrante en el expediente, emite propuesta de sanción por las mismas seis infracciones citadas en el informe de la Secretaria antes transcrito, proponiendo la imposición de las sanciones en su grado mínimo (1% para las infracciones graves y 5% para las infracciones muy graves), por

lo que dado que el valor anual del contrato era de 427.395,60 €, las penalidades ascendían a 111.122,86 €.

Por último, a la vista de los informes técnicos y jurídicos, considera que debe tramitarse, igualmente, expediente de resolución culpable con imposición de la prohibición de contratar a la empresa en los términos señalados por la Secretaria de la Mancomunidad.

Decimosegundo: La propuesta de incoación del expediente acumulado por imposición de penalidades y resolución culpable con prohibición de contratación, en los términos propuestos por la Secretaria y la Unidad Gestora del contrato, fue aprobada por la Asamblea General de la Mancomunidad en sesión celebrada el 15 de junio de 2022, dando audiencia al contratista y a la entidad… en su condición de avalista, por plazo de diez días hábiles que fue ampliado a solicitud del contratista.

Decimotercero: El 1 de julio de 2022, el…, presentó un extenso escrito de alegaciones solicitando el archivo del procedimiento de imposición de penalidades y resolución contractual con prohibición de contratar.

En primer término, manifiesta que la conducta seguida por la Administración le genera indefensión y que se está ejercitando la potestad resolutoria con desviación de poder. En síntesis, considera que se están tramitando, en un procedimiento conjunto, expedientes que son excluyentes entre sí y que tienen finalidades diferentes, indicando que precisamente la finalidad de la imposición de penalidades es la de compeler al contratista a la correcta ejecución del contrato, mientras que la resolución pretende su fin anticipado. Del mismo modo, señala que la prohibición de contratar solo puede adoptarse ante un acuerdo firme de resolución del contrato. Denuncia que tampoco se indica cuál de las causas señaladas en el artículo 160 de la LFCP es la que motiva la propuesta, y no se entiende como la propuesta de prohibición de contratación se plantee en el máximo legal (cinco años), cuando para ello sería necesario una motivación reforzada de la gravedad de los incumplimientos que no existe.

Por lo que se refiere a la desviación de poder, la fundamenta en el hecho de que, según se afirma, la Mancomunidad ofreció, un mes antes de iniciar el procedimiento, una resolución de mutuo acuerdo, cuando como es sabido [artículo 160.1.a) LFCP] solo se puede resolver el contrato de mutuo acuerdo si no ha habido causas de resolución a ella imputables, a lo que añade que el deseo de resolver el contrato por parte de la Mancomunidad se ha debido a la presión de un sindicato a raíz de un despido de una de las trabajadoras del centro que está ante la jurisdicción social.

En segundo lugar, se argumenta sobre la imposibilidad de tramitar conjuntamente los expedientes de imposición de penalidades y de resolución contractual. Se expone, con cita de resoluciones jurisdiccionales y del Tribunal Administrativo de Navarra (Resolución 20 de mayo de 2011), que estas penalidades carecen de naturaleza sancionadora, no se utilizan para castigar una conducta, sino como medio de corrección de eventuales incumplimientos. Su finalidad es informar el debido cumplimiento del contrato y corregir los incumplimientos y, con cita del Dictamen 297/2013, de 18 de septiembre, del Consejo Consultivo de Canarias, considera que la Administración debe optar por uno o por otro, no por los dos a la vez.

En tercer lugar, estima improcedente la tramitación conjunta del procedimiento para la resolución contractual y el de prohibición de contratar. Entiende que de la redacción de los artículos 22.1.m) y 161.4 de la LFCP no se puede tramitar un expediente de prohibición de contratar sin que previamente se haya terminado un procedimiento de resolución contractual en el que se haya declarado la resolución por causa imputable al contratista, considerando no aplicable el artículo 161.bis.1 de la LFCP porque, para que ello fuera posible, sería necesario que la culpa del contratista hubiera alcanzado tal grado que hiciera necesario imponer esa consecuencia, lo que no sucede en el presente caso en el que ni siquiera concurren causas de resolución. En su apoyo cita el propio tenor del artículo 24.3 de la LFCP y la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de enero de 2006.

En cuarto lugar, cuestiona la legalidad del acuerdo y del procedimiento seguido ya que no existen requerimientos previos, ni se ha seguido el

procedimiento establecido en el Pliego y, además, concurre caducidad del expediente. Expone que desde que se inició el contrato en marzo de 2021 no ha existido con anterioridad ningún requerimiento escrito poniendo de relieve supuestos incumplimientos y su gravedad, no existiendo órdenes expresas de la Mancomunidad sobre concretas actuaciones a implementar. En consecuencia, entiende incumplido el procedimiento que se establece en la cláusula 19 que especifica que cuando el contratista incurra en actos u omisiones que comprometan o perturben la buena marcha del contrato, la Mancomunidad podrá exigir la adopción de medidas correctoras para restablecer el buen orden en la ejecución de lo pactado y el incumplimiento de las órdenes que sean dictadas implicará la imposición de las penalidades establecidas en la cláusula 28 del Pliego. Del mismo modo considera que el informe elaborado por la Unidad gestora del contrato el día 15 de junio de 2022 es tan genérico y ambiguo que no puede servir para justificar la aplicación de penalidades ya que no se especifican los incumplimientos con el grado de detalle necesario, ni se hace referencia a órdenes o requerimientos previos de cumplimiento, no sirviendo las actas de la Comisión de Seguimiento, ya que de ellas no se deriva que se esté ante graves incumplimientos que de no ser corregidos darían lugar a sanciones.

En quinto lugar, argumenta la nulidad del expediente de resolución por no identificar la concreta causa de las reguladas en la LFCP que determina la resolución del contrato, así como ausencia de voluntad rebelde del contratista para cumplir adecuadamente con el contenido del contrato, y no haber acreditado la Mancomunidad la culpabilidad del contratista para motivar la resolución contractual.

Por último, el escrito de alegaciones se dirige a defender la correcta prestación del servicio por parte del adjudicatario, manifestando que ha ofrecido los programas de intervención terapéutica, atención sanitaria y de intervención con familias y personas cuidadoras. Indica que, en cuanto al programa de intervención terapéutica, hasta muy recientemente, tuvo que adaptarse a las circunstancias impuestas por la crisis sanitaria derivada de la Covid-19, diseñándose reuniones telemáticas y un programa de asistencia sanitaria para quienes no podían acudir al centro.

En cuanto a la atención sanitaria expone que la alimentación, aseo, control de esfínteres, etc., son tareas propias del equipo de gerocultoras que se han prestado ininterrumpidamente. El programa de prevención de caídas se lleva por el fisioterapeuta asistido por el equipo de cuidadoras y el de enfermedades crónicas en coordinación con las familias y el Centro de Salud, ya que el Centro de Día no es un centro sanitario. Por lo que se refiere a los programas con familias y cuidadores, se han desarrollado reuniones presenciales con familias que han sido interrumpidas por la pandemia sustituyéndose por actividades en domicilio y telemáticas.

El escrito de alegaciones acompaña abundante documentación, con las programaciones de actividades de 2021 y 2022.

El adjudicatario manifiesta que ha actuado con la máxima diligencia en la búsqueda de recursos humanos, que la rotación de personal se debe en gran medida, además de no ser incumplimiento, a la existencia de jornadas reducidas que dificulta la contratación, ya que los perfiles profesionales prefieren y buscan jornadas completas. Respecto a la ausencia de personal de enfermería, se manifiesta y aporta documentación expresiva de los intentos efectuados para su contratación ante la dificultad de cubrir estos puestos por la ausencia de profesionales disponibles e interesados; dificultades de las que es consciente la unidad gestora del contrato tal y como se recogen en las actas de la Comisión de Seguimiento.

El escrito termina solicitando el inmediato archivo del procedimiento por ausencia de incumplimientos merecedores de imposición de penalidades y de resolución contractual con prohibición de contratar.

Decimocuarto: el 5 de julio de 2022, la Secretaria de la Mancomunidad emite informe analizando las alegaciones formuladas por la adjudicataria, proponiendo su desestimación y ratificando la propuesta de resolución, imponiendo sanciones por los incumplimientos observados por importe de 111.122,86 €, así como la resolución del contrato por causa imputable al contratista con declaración de prohibición de contratar con la Mancomunidad por plazo de cinco años.

En el extenso escrito, la Secretaria rechaza la alegación de desviación de poder que la considera inaceptable teniendo en cuenta que estamos en presencia de un servicio que, por dirigirse a personas mayores y con sus capacidades cognitivas afectadas son personas de extrema vulnerabilidad, por lo requiere una especial atención en el cumplimiento de las programaciones propuestas y el contar con el personal facultativo (fisioterapeuta y enfermería) que reconoce que no están cubiertos.

A continuación, traslada aspectos recogidos en las actas de la Comisión de Seguimiento que, a su juicio, evidencian los incumplimientos y deficiencias en la prestación del servicio y que motivan el expediente en tramitación.

El informe de la Secretaria, con transcripción del artículo 195 de la LFCP y remisión al artículo 264.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), defiende la plena compatibilidad de la imposición de penalidades y la resolución de la concesión en los supuestos de incumplimientos graves previstos en los pliegos de condiciones (cita la cláusula 32 del Pliego) y refuerza su argumentación con remisión a lo señalado en el Dictamen 18/2020, de este Consejo de Navarra.

En consecuencia, considera procedente el mantenimiento de las penalidades por incumplimientos graves y muy graves con importe de 111.122,86 €.

Sobre la procedencia de la resolución del contrato, con cita de doctrina jurisprudencial y de este Consejo (Dictámenes 37/2007, 39/2008 y 17/2013), reconoce que la resolución del contrato ha de reservarse para situaciones extremas de incumplimiento, con entidad suficiente y que afecten a aspectos esenciales del contrato y considera procedente la resolución contractual por concurrencia de los motivos establecidos en el apartado 1 del artículo 160, letras f), j) y l) (cuando las penalidades aisladas o conjuntamente alcancen el 20% del importe de adjudicación; el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales del contrato y las que se establezcan expresamente en el contrato). El informe reitera que el incumplimiento denunciado no es un

defecto o ausencia de programación, sino la no ejecución de esa programación en los términos ofrecidos. Se hace referencia al reconocimiento por el adjudicatario de la ausencia de la figura de enfermería, considerando que los esfuerzos para efectuar la contratación de ese personal no son suficientes para obviar el perjuicio que ello conlleva al personal usuario del centro.

En consecuencia, entiende acreditada la concurrencia de incumplimientos graves y la voluntad rebelde del contratista, ya que, en dos ocasiones, al menos, se le advirtió del incumplimiento de sus obligaciones.

Se defiende la procedencia, al amparo del artículo 161.1.de la LFCP, de acordar junto con la resolución contractual la prohibición de contratar, añadiendo que la dicción del precepto no da lugar a establecer graduaciones sobre el plazo temporal de la prohibición que se concreta en cinco años y, en cuanto al procedimiento, dice que se ha ajustado a lo previsto por el artículo 161.1.bis de la LFCP, que establece que “a la tramitación del procedimiento de resolución de contrato por causa imputable al contratista podrán acumularse los trámites propios del procedimiento para la imposición de una prohibición para contratar, cuando la misma pueda deducirse de la culpabilidad del contratista en la resolución del contrato”.

Decimoquinto: El mismo 5 de julio de 2022, la Asamblea de la Mancomunidad de Servicios Sociales de la zona de Noain aprobó por unanimidad la propuesta de imposición de penalidades por los siguientes incumplimientos:

a) No ofrecimiento de los programas de intervención terapéutica (pág. 2 del pliego de condiciones). Supone una falta de carácter muy grave, tipificada en el apartado a) de las faltas muy graves descritas en la cláusula 29ª. Sanción de 21.369,78 €.
b) No ofrecimiento de los programas de atención sanitaria (pág. 2 del pliego de condiciones). Supone una falta de carácter muy grave, tipificada en el apartado a) de las faltas muy graves descritas en la cláusula 29ª. Sanción de 21.369,78 €.

c) No ofrecimiento de los programas de intervención con familias y personas cuidadoras (pág. 2 del pliego de condiciones). Supone una falta de carácter muy grave, tipificada en el apartado a) de las faltas muy graves descritas en la cláusula 29ª. Sanción de 21.369,78 €.

d) Incumplimiento de la dotación mínima de recursos humanos. Supone una falta de carácter muy grave, tipificada en el apartado a) de las faltas muy graves descritas en la cláusula 29ª. Sanción de 21.369,78 €.

e) Incumplimiento de la dotación de elementos útiles y materiales para la realización de talleres. Supone una falta de carácter muy grave, tipificada en el apartado a) de las faltas muy graves descritas en la cláusula 29ª. Sanción de 21.369,78 €.

f) Incumplimiento de otras obligaciones contractuales, como la falta de notificación fehaciente de los cambios que se produzcan en el servicio (concretamente, el cambio de dirección y despido de la una trabajadora), falta grave descrita en el apartado b) de la cláusula 29ª. Sanción de 4.273,96 €.

Además, se acordó la resolución culpable del contrato por concurrencia de las causas recogidas en el artículo 160.1.f), j) y l) de la LFCP, con declaración de prohibición de contratar con la Mancomunidad por plazo de cinco años, conforme a lo establecido por el artículo 22.1.m) de la citada LFCP y, todo ello, con remisión del expediente al Consejo de Navarra para la emisión del dictamen preceptivo con suspensión del plazo de resolución del procedimiento.

Decimosexto: El 1 de septiembre de 2022, la mercantil… presenta en el Registro General Electrónico del Gobierno de Navarra un escrito de alegaciones, dirigido al Consejo de Navarra, reiterando y abundando en los argumentos expuestos en su escrito de alegaciones en fase procedimental ante la Mancomunidad de Servicios Sociales de Base de la zona de Noain, en el que se solicita de este Consejo de Navarra la emisión de dictamen desfavorable a la propuesta de imposición de penalidades y resolución contractual con prohibición de contratar remitida por la indicada Mancomunidad.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Carácter preceptivo del dictamen

La presente consulta, formulada por la Mancomunidad de Servicios Sociales de Base de la zona de Noain, a través del Vicepresidente Primero del Gobierno de Navarra, somete al dictamen de este Consejo de Navarra la propuesta de imposición de penalidades y de resolución contractual con prohibición de contratar al…, en relación con el contrato de gestión del servicio del Centro de Día en la localidad de Beriain.

El artículo 14.1 de la LFCN establece los asuntos en que el Consejo de Navarra deberá ser consultado con carácter preceptivo, y la letra j) del referido precepto se refiere a “cualquier otro asunto en que la legislación establezca la exigencia de informe preceptivo del Consejo de Navarra o el dictamen de un organismo consultivo”.

La anterior remisión debe entenderse realizada, a los efectos que aquí interesan, al artículo 191.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, al igual que el artículo 109.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en este punto vigente, que establecen la necesidad de emisión de dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo en los supuestos, entre otros, de resolución contractual cuando se formule oposición del contratista. Como ya ha advertido este Consejo de Navarra en anteriores dictámenes, entre otros, 20/2016, 23/2019, 27/2019 y 52/2019, siguiendo doctrina del Consejo de Estado, la oposición del contratista ha de apreciarse cuando exprese su contradicción en el procedimiento de resolución contractual, tanto respecto de la resolución misma como de sus efectos. En el presente caso concurre tal exigencia ya que existe expresa oposición del contratista a la resolución contractual anunciada, deviniendo preceptiva la emisión del dictamen por el Consejo de Navarra.

II.2ª.-El marco normativo y competencial de aplicación

En virtud de su régimen foral, corresponde a Navarra la competencia exclusiva sobre contratos y concesiones administrativas, respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia [artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra]. En el ejercicio de su competencia, la Comunidad Foral de Navarra aprobó la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, normativa de carácter general que derogó a la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra. La Ley 6/2006 sufrió diversas modificaciones con la finalidad de adaptar su regulación a las Directivas Comunitarias que se iban aprobando en relación con la materia de contratación Pública. Así, mediante la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, se adaptó su regulación a las exigencias derivadas de la aprobación de la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modificaban las Directivas 89/668/CEE y 92/13/CEE del Consejo.

En la actualidad, la normativa que regula la contratación pública en la Comunidad Foral de Navarra se encuentra recogida en la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, que resulta de aplicación al caso que nos ocupa.

Asimismo, como señalábamos en nuestro dictamen 52/2019, de 30 de diciembre, con carácter supletorio será de aplicación lo establecido por la legislación estatal en materia de Contratos del Sector Público y, de modo especial, lo establecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, al igual que lo establecido por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente en lo

relativo a la regulación del procedimiento para acordar la resolución de los contratos públicos.

II.3ª Tramitación del expediente de resolución contractual.

Para los supuestos de resolución del contrato, dispone el artículo 160.3 de la LFCP que el procedimiento a seguir será el siguiente:

a) Audiencia del contratista durante un plazo de diez días, cuando el procedimiento se incoe de oficio.

b) Audiencia durante el plazo de diez días de los demás interesados. En los contratos en los que se haya exigido una garantía formal, se deberá dar audiencia al avalista o asegurador cuando se proponga la incautación de la fianza.

c) Informe de los servicios jurídicos del órgano de contratación.

Por su parte, la legislación estatal reguladora de los contratos del sector público y, más concretamente el artículo 212.1 de la LCSP, dispone 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 esta Ley se establecen".

Tal remisión nos lleva al todavía vigente Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuyo artículo 109 se regula el procedimiento para la resolución de los contratos administrativos en los siguientes términos:

> "1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:
>
> a) Audiencia del contratista por plazo de diez días, en el caso de propuesta de oficio.
>
> b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

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

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

2. Todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente".

En el presente procedimiento de resolución contractual, tal y como se deriva de las actuaciones practicadas y de la documentación obrante en poder de este Consejo, se comprueba que obran en el expediente tramitado los correspondientes informes de la unidad gestora del contrato y de la Secretaría del Ayuntamiento y que, iniciado el procedimiento de resolución contractual, se dio traslado del mismo al contratista y a la entidad avalista para la formulación de alegaciones y, finalmente, la correspondiente propuesta de resolución, se ha trasladado a este Consejo para la emisión de su dictamen.

De lo expuesto se deriva que se han cumplido los requisitos procedimentales que, para la resolución contractual, por causa imputable al contratista, establece el artículo 109 del ya citado Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como el artículo 160.3 de la LFCP.

II.4ª.-La regulación de las penalidades y de la resolución contractual en la legislación de contratos y en el Pliego regulador del contrato de gestión del Centro de Día

El artículo 160.1 de la LFCP enumera las causas de resolución de los contratos administrativos entre las que se encuentran, por lo que al presente dictamen interesa, las siguientes:

"f) Cuando las penalidades, aislada o conjuntamente alcancen el 20% del importe de adjudicación del contrato.

j) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, y

l) Las que se establezcan expresamente en el contrato".

Por su parte, el artículo 195.3 de la LFCP, al regular las penalidades por incumplimiento del contratista en el contrato de concesión de obras públicas, cuya regulación, conforme a lo establecido por el artículo 205, es de aplicación al contrato de concesión de servicio siempre que sea compatible con su naturaleza, declara que "los incumplimientos graves darán lugar, además, a la resolución de la concesión en los casos previstos en el correspondiente pliego"; regulación similar a la que recoge el artículo 264.3 de la LCSP.

Junto con la resolución contractual por incumplimiento de las obligaciones del contratista, la legislación de contratos administrativos también contempla la posibilidad de imponer sanciones al contratista en aquellos casos de incumplimientos parciales o defectuosos de las prestaciones comprometidas por el contratista. En concreto, el artículo 146 de la LFCP regula las penalidades, estableciendo los supuestos que pueden ser considerados en los respectivos pliegos de condiciones. Entre otros motivos que pueden motivar la imposición de penalidades el precepto prevé los supuestos de incumplimientos parciales o defectuosos, el incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución del contrato, el incumplimiento del compromiso de dedicar o adscribir los medios materiales o personales incluidos en la oferta, el incumplimiento de las órdenes recibidas por la unidad gestora y, en general, cualquier incumplimiento o cumplimiento defectuoso que produzca perjuicios a la Administración o a terceros.

Incumplimientos que los pliegos deberán clasificar en leves, graves o muy graves y que se penalizarán en las cuantías que establece el apartado 3 del precepto, precisando que el límite máximo de las penalidades que puedan imponerse no podrá exceder del 20% del importe de adjudicación y que, cuando las penalidades impuestas excedan del 10%, procederá iniciar el procedimiento para la declaración de prohibición de contratación.

Para finalizar la referencia al marco legal que puede ser de análisis y aplicación en el presente dictamen hay que referenciar el artículo 161.bis de la LFCP, añadido por la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, que modificó la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril de Contratos Públicos y que indica que:

1. A la tramitación del procedimiento de resolución de contrato por causa imputable al contratista podrán acumularse los trámites propios del procedimiento para la imposición de una prohibición para contratar, cuando la misma pueda deducirse de la culpabilidad del contratista en la resolución del contrato.
2. En tal caso, la resolución de inicio del procedimiento advertirá de la posible concurrencia de una causa de prohibición de contratar si el contrato fuese finalmente resuelto. Tal circunstancia se hará constar en los trámites de audiencia al contratista que deban evacuarse para que el contratista pueda pronunciarse al respecto. Igualmente, se hará constar en las peticiones de informe que deban realizarse a los órganos que deban intervenir en el procedimiento.
3. La resolución que ponga fin al procedimiento de resolución del contrato se pronunciará, además, en su caso, sobre el alcance y duración de la prohibición de contratar. En el supuesto de que el procedimiento de resolución del contrato se simultanee con la licitación de un nuevo procedimiento de adjudicación con el mismo objeto, la adjudicación de este quedará condicionada a la previa resolución de aquel, desplegando sus efectos sobre la nueva adjudicación la prohibición de contratar que se hubiese declarado en el procedimiento de resolución anterior».

Por lo que respecta al Pliego de Condiciones que rige el contrato, de lo establecido en las cláusulas 19 y 21 se desprende que el contrato debe ejecutarse de acuerdo con la oferta presentada y de las instrucciones que por escrito sean dadas por la unidad gestora y que, cuando el contratista o personas de él dependientes, incurran en actos u omisiones que comprometan o perturben la buena marcha del contrato, la Mancomunidad podrá exigir la adopción de medidas concretas para restablecer el buen orden de lo pactado, precisando que el incumplimiento de las órdenes dadas

implicará la imposición de las penalidades establecidas en la cláusula 29 del pliego.

La citada cláusula 29 regula los siguientes tipos de faltas:

1. Faltas leves:

Serán faltas leves de la empresa en el desarrollo del contrato:

a) El retraso o suspensión en la prestación del servicio sea de 1 día, negligencia o descuido en el cumplimiento de las obligaciones.
b) En general, la falta de puntualidad o el incumplimiento de sus deberes por negligencia o descuido inexcusable.

2. Faltas graves:

Son faltas graves imputables a la empresa:

a) El retraso o suspensión en la prestación del servicio entre dos y tres días, las faltas repetidas de puntualidad, la negligencia o descuido continuado.
b) En general, el incumplimiento grave de los deberes y obligaciones y la comisión de tres faltas leves en el transcurso de un año.
c) No guardar la debida discreción respecto a los asuntos que se conozcan en razón del servicio prestado.

3. Faltas muy graves:

Son faltas muy graves de la empresa en el desarrollo del servicio, las siguientes:

a) El incumplimiento de los compromisos ofertados y que han servido como criterio de adjudicación.
b) El retraso o suspensión en la prestación del servicio igual o superior a 3 días, o, el abandono del servicio.
c) La acumulación o reiteración de tres faltas graves cometidas en el transcurso de un año.

d) La notoria falta de rendimiento, la prestación incorrecta y defectuosa del servicio, tanto en su calidad como en la cantidad.
e) La negativa infundada a realizar los servicios o tarea ordenados por escrito por los técnicos del organismo, siempre que ésta sea una actitud directamente imputable a la empresa o a sus directivos responsables o personal empleado.
f) Cualquier conducta constitutiva de delito, especialmente, coacciones y robo en las instalaciones.
g) Ceder los derechos y obligaciones dimanantes del contrato sin autorización de la Mancomunidad de Servicios Sociales de Base de la Zona de Noain.
h) La inobservancia de la obligación de secreto profesional, sancionable con la resolución del contrato.
i) El impago o retraso del pago de salariaos a los trabajadores en fecha convenida, según convenio o costumbre del lugar.
j) En todo caso, los incumplimientos de las condiciones especiales de ejecución del contrato previstas en el artículo 66º de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos y su concreción en este pliego regulador.

La cláusula 32 del Pliego regula la resolución del contrato estableciendo como causas las generales señaladas en los artículos 160 y 232 de la LFCP, añadiendo que: “el órgano de contratación podrá resolver el contrato en los casos en que el servicio no se ajuste a las condiciones del presente pliego o al plan de trabajo, sin perjuicio de hacer uso de cuantas acciones le correspondan por razón de su incumplimiento. En este caso se procederá de la siguiente manera: Si la prestación del servicio se realiza con deficiencias (atención a usuarios, limpieza de las dependencias, calidad de las comidas etc.), se comunicará verbalmente tal hecho al representante del contratista. Si se siguiera prestando el servicio con deficiencias, se realizará informe por la unidad gestora sobre el particular, trasladando el hecho al contratista. Si transcurridos tres días desde la notificación siguiesen las mismas prácticas, la unidad gestora podrá proponer la rescisión del contrato al órgano de contratación. En caso de tres reclamaciones por incumplimiento, siendo éstas fundadas, se denunciará el contrato. La

resolución prevista en este apartado, se podrá llevar a efecto con independencia de las posibles penalizaciones que se puedan imponer a tenor de lo estipulado en el apartado anterior".

II.5ª.-Análisis del caso planteado. Improcedencia de la resolución

Tal y como se deriva de la regulación anteriormente transcrita, la Administración, ante los incumplimientos del contratista de sus obligaciones contractuales, puede reaccionar imponiendo penalidades económicas o instando la resolución del contrato, aunque esas potestades administrativas tienen, en principio, finalidades diferentes.

Con carácter general, tal y como pone de manifiesto el contratista en su escrito de oposición a la tramitación del presente expediente, la potestad administrativa de imposición de penalidades tiene como finalidad ejercer facultades coercitivas sobre los contratistas para lograr una correcta ejecución del contrato ante supuestos de cumplimientos parciales o defectuosos. Son un medio de presión para asegurar el cumplimiento correcto de la obligación.

Por el contrario, la resolución, que conlleva la extinción del contrato, por su trascendencia, queda reservada para aquellos supuestos de incumplimiento de las obligaciones esenciales y de especial gravedad, así como para aquellos casos en los que las previas medidas de coerción ejercitadas por medio de las penalidades no logran su objetivo de compeler al contratista a su correcto y debido cumplimiento.

Este esquema lógico de actuación impuesto a la Administración se evidencia a la hora de analizar la regulación que el artículo 160 de la LFCP contiene de las causas de resolución contractual que, por un lado, [apartado 1.f)] se admite cuando las penalidades impuestas hayan alcanzado el 20% del importe de adjudicación, poniendo de manifiesto una conducta rebelde del contratista a la correcta ejecución de sus obligaciones o ante incumplimientos muy graves de alguna obligación esencial de la prestación del contrato [apartado 1, letra g), j) y l)].

Es cierto, no obstante, que el artículo 195.3 de la LFCP, al igual que el 264.3 de la LCSP, para los supuestos de los contratos de concesión de obras públicas, aplicable a los de concesión de servicios, admite expresamente que “los incumplimientos graves darán lugar, además (de las penalidades), a la resolución de la concesión en los casos previstos en el correspondiente pliego”. Esta posibilidad, en el Pliego que regula el contrato de prestación del servicio de Centro de Día, únicamente se encuentra prevista (cláusula 22.2) para el supuesto de incumplimiento de los criterios de adjudicación y las condiciones especiales de ejecución de carácter social, directamente relacionadas con las previsiones contenidas en los artículos 66 y 160.1.g) de la LFCP; supuestos que no son los que motivan o fundamentan el presente expediente de imposición de penalidades y resolución contractual con prohibición de contratar.

En consecuencia, la regla general es la improcedencia de tramitar, en un mismo expediente y por idénticos motivos, penalidades económicas junto con la propuesta de resolución por causas imputables al contratista, debiendo la Administración optar por unas u otras, en atención a la gravedad y trascendencia de los incumplimientos.

Por lo que se refiere a la resolución contractual, este Consejo de Navarra viene exigiendo (entre otros, dictámenes 39/2018 y 17/2013, en consonancia con la doctrina del resto de órganos consultivos y jurisdiccionales) que para la procedencia de las causas de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista es necesario que concurran las condiciones siguientes:

> “1º El incumplimiento del contratista; 2º Este incumplimiento ha de referirse a clausulas esenciales, esto es, relevantes y significativas del contrato administrativo; 3º Debe existir una voluntad rebelde al cumplimiento por parte del contratista para lo que han debido existir requerimientos de la Administración al cumplimiento; y 4º La carga de la prueba de los incumplimientos imputados y de la resistencia al cumplimiento por el contratista corresponde a la Administración. En suma, la medida de resolución del contrato ha de reservarse para las situaciones extremas de incumplimiento con entidad suficiente y sobre aspectos esenciales del contrato”.

Por lo tanto, resulta necesario analizar la conducta de la adjudicataria, los incumplimientos denunciados por la Administración, si se ha puesto de manifiesto la voluntad rebelde del contratista y si se han acreditado debidamente los incumplimientos para poder determinar si la conducta del contratista tiene la entidad suficiente para motivar la resolución del contrato y, finalmente, si en tal caso se han seguido los trámites y procedimientos que para ello establece el Pliego de condiciones administrativas.

Si nos atenemos a los motivos que fundamentan la imposición de penalidades: 1) No ofrecimiento de los programas de intervención terapéutica (falta muy grave), 2) No ofrecimiento de los programas de atención sanitaria (falta muy grave), 3) No ofrecimiento de los programas de intervención con familias y personas cuidadoras (falta muy grave), 4) Incumplimiento de la dotación mínima de recursos humanos (falta muy grave), 5) Incumplimiento de la dotación de elementos útiles y materiales para la realización de actividades y talleres (falta muy grave) y 6) Incumplimiento de otras obligaciones contractuales como la falta de notificación fehaciente de los cambios que se producen en el servicio (falta grave), se nos presenta un escenario de total y absoluto incumplimiento de las obligaciones esenciales del contratista que afectan de modo radical a la calidad del servicio ofertado al Centro de Día por parte del adjudicatario y que no solo fundamentaría suficientemente la resolución contractual al amparo de la causa establecida por el artículo 160.1.j) de la LFCP, sino que, además, debería motivar, con apoyo en el artículo 214 de la LFCP, la inmediata intervención del servicio para evitar el mantenimiento de la perturbación tan grave que para el servicio de Centro de Día supone el total y absoluto incumplimiento de las obligaciones esenciales del contratista.

La existencia de tan graves y reiterados incumplimientos de las obligaciones esenciales, igualmente deberían de haber quedado manifiestamente acreditadas en las actuaciones administrativas realizadas mediante continuos requerimientos efectuados por la unidad gestora con advertencia de las consecuencias que su mantenimiento tendría para la vigencia del contrato. En tal sentido, conviene recordar lo establecido por la cláusula 32 del Pliego de condiciones administrativas sobre las actuaciones

que debe realizar la Administración para denunciar los incumplimientos requiriendo al contratista, con carácter previo al inicio del expediente de resolución contractual.

Pues bien, en el expediente administrativo remitido constan las actas de las Comisiones de Seguimiento celebradas el 27 de octubre de 2021 y el 20 de enero, 3 y 17 de marzo y 13 de junio de 2022. Además, hay constancia del requerimiento efectuado por la unidad gestora el 1 de marzo de 2022 para que se justificase documentalmente la contratación de la limpieza y el mantenimiento del número de personas ofertadas de manera permanente; requerimiento que fue cumplimentado por el… el día 3 de ese mismo mes. Obran, igualmente, el informe de la unidad gestora de 15 de junio de 2022 que motivaba los incumplimientos denunciados y que dio lugar a que, ese mismo día, la Asamblea de la Mancomunidad acordara el inicio del procedimiento de imposición de penalidades y resolución contractual con prohibición de contratar, sobre la base de otro informe de la Secretaria de la Mancomunidad y otro de la unidad gestora, todos ellos suscritos el mismo día 15 de junio de 2022. Por tanto, resulta necesario analizar esa documentación para enjuiciar si de ella se deriva la concurrencia de los requisitos y garantías que son necesarios para declarar la resolución del contrato, agravada, en este caso, como plantea la propuesta, con la prohibición de contratación por un periodo de cinco años e imposición de penalidades económicas por importe de 111.122,86 €.

Es cierto que de las actas de la Comisión de Seguimiento se derivan deficiencias y quejas por parte de los representantes de la Mancomunidad sobre algunos aspectos de la prestación del servicio, pero, en opinión de este Consejo de Navarra, de ellas no se derivan los tan radicales y graves incumplimientos que se pretenden hacer valer en el expediente de imposición de penalidades y de resolución contractual objeto de dictamen.

En efecto, en el acta del 27 de octubre de 2021, la representante de la Administración habla de “preocupación por la poca pro actividad a la hora de ejecutar la programación” realizando siempre las mismas actividades,

pudiendo sacar mucho más partido, se proponen ideas y el… se compromete a presentar un programa de actividades para 2022.

En esa misma acta, se hace constar que se han reducido las tensiones que existían entre las personas que componían el equipo de trabajo y que se han identificado a quienes generan el malestar. Se comenta el tema de la rotación del equipo y se explica que ha habido mucha búsqueda de personal por parte de… que ofrece puestos de trabajo con jornada completa y que estaba siendo muy difícil cubrir puestos, especialmente fisioterapeutas y enfermería.

En el acta de 20 de enero de 2022, se expone que se ha presentado por… una programación muy completa y reciben felicitaciones, se informa del comienzo de los talleres de prensa y que se dispondrá de la furgoneta con la que se podrán empezar las actividades de piscina. Sobre el equipo de trabajo, se indica que el ambiente está mejor que nunca. Se pregunta por el puesto de enfermería y se advierte que se está incumpliendo el pliego y, la representante de la Mancomunidad se ofrece para dar visibilidad a las ofertas de trabajo. Se pregunta a la adjudicataria si podría colaborar en actividades para chavales expulsados del centro escolar y en el programa PASE, que afecta a quienes tiene medidas judiciales relacionadas con las drogas, y el… manifiesta su disposición.

En la reunión de 3 de marzo de 2022, asisten representantes de la Mancomunidad, de la adjudicataria y de las trabajadoras y se recoge que el motivo principal es tratar la denuncia presentada por un sindicato que denuncia que la empresa no sustituye al personal y el malestar por tener que realizar labores de limpieza. La representante de la adjudicataria muestra los cuadrantes desde octubre de 2021 y dice que se han cubierto las sustituciones y que incluso hay más gerocultores que el ratio que en algunos casos se exigía. Las trabajadoras contradicen a la representante del… diciendo que no se cubrió la baja de una de ellas en agosto y septiembre.

La representante de la empresa expone que en ocasiones las bajas son repentinas, de muy pocos días, y que no da tiempo para la sustitución,

cuestión que reconocen las trabajadoras, pero que eso no puede suceder cuando se trata de vacaciones solicitadas.

Se vuelve a comentar la dificultad para contratar los perfiles de enfermería y fisioterapeuta, que se han hecho muchas ofertas pero que a la gente no le interesa. El… se compromete a realizar todas las sustituciones tanto de baja como de vacaciones.

Sobre la limpieza se expone que hay malestar en el equipo de gerocultoras por el hecho de tener que realizarla y la representante de la empresa indica que habían accedido a realizar la limpieza (apreciación que es confirmada por una trabajadora) y recuerda que la limpieza está entre las funciones laborales de este personal, aunque exponen que no pueden hacer una limpieza profunda. … se compromete a estudiar alternativas para contratar la limpieza.

El acta de la Comisión de Seguimiento de 17 de marzo de 2022 sobre acuerdos anteriores recoge que ha llegado algún CV de enfermería y que se harán entrevistas, que el presidente de la Mancomunidad ofreció el puesto a un compañero en el Centro de Salud que tenía media jornada y que no le interesaba. Sobre la limpieza se solicita vacante para que venga una hora al final de la jornada. Sobre la situación del centro se indica que de momento todo es positivo, están súper contentos con Leticia (la nueva directora), las familias apoyan a las gerocultoras, han agradecido recibir un comunicado y las chicas han transmitido a las familias lo positivo de la nueva dirección. Se hace referencia al escrito enviado a una red social por una familia haciendo un comentario acerca de la denuncia del sindicato. Se hace constar que ya el año pasado se expuso que el centro estaba desordenado, da la sensación de ser un centro caótico y se encomienda a la nueva directora para que vaya supervisando la programación, que no tiene que ser en la primera semana, pero que sí es algo donde poner atención. Se vuelve a decir que sigue dando la sensación de que se pasan el día pintando y que hay que ser más proactivos e innovadores.

En el acta de 13 de junio de 2022, el… comunica que se ha contratado a una persona para la limpieza (1hora/día). Sobre las reuniones del equipo

se van a seguir haciendo, ya que se reconoce que son necesarias. Respecto al puesto de enfermería se indica que se está en plena selección y que se espera una entrada inminente. Los puestos de terapeuta y fisio han presentado su cese con fecha 30 de junio. La figura de fisio ya está contratada con compromiso de estabilidad y para el terapeuta se está buscando un sustituto. En relación con la programación se expone que el cambio de directora ha afectado y que ahora se está dando continuidad desde todos los departamentos, planificando lo previsto para San Fermín, y que el equipo de gerocultoras quiere llevar a cabo la programación pero de manera más coordinada con el equipo técnico.

En esa acta se recoge el siguiente tenor literal:

> "Procedimiento legal: … recuerda que el 27 de mayo, a través de una conversación telefónica … comunicó a … que no iban a aceptar salir de la gestión del centro de día por mutuo acuerdo ya que no quieren ceder a una presión sindical, … tiene muchos centros y esa premisa la tienen clara. … explica que no van a mantener una reunión como demandaba el sindicato hasta que no rectifique las calumnias vertidas a la Mancomunidad, pero recuerda que el procedimiento va a seguir sus cauces. Se comenta que el día 10 de julio tiene el acto de conciliación con la trabajadora que ha sido despedida. … reconoce que se siente bien estando informada en la actualidad desde que ha pasado todo esto, hasta ahora no se había hecho. …, explica que querían dejar todo en orden antes de dar información, que no es por ocultar. Solo se pide que vaya por la misma línea".

El acta recoge otras cuestiones relacionadas con las quejas de la familia de una usuaria y, al término de la misma, en el apartado de "temas pendientes", entre otros, se dice que "… recuerda que se llevará el inicio de resolución culpable a la asamblea este miércoles día 15. … recibirá notificación".

Por su parte, el informe suscrito por la Gerente y la Trabajadora Social del Servicio Social de Base, de 15 de junio de 2022, que dio lugar a que ese mismo día la Asamblea de la Mancomunidad acordara la incoación del expediente de imposición de penalidades y de resolución contractual con prohibición de contratar, respecto al incumplimiento por no ofrecer los programas de intervención terapéutica dice que "a lo largo de la prestación

del servicio se han visto carencias en cuanto a la programación y actividades realizadas (…), la Mancomunidad transmite la preocupación por este tema en la comisión de seguimiento de 27/10/21".

Respecto al incumplimiento por no obtener los programas de intervención con familias y personas, se expone que "como mejora para la participación de las familias se propone la creación de una comisión de dinamización, así como un programa de realidad virtual para la mejora sensorial que tampoco se ha llevado a cabo. De la misma manera, no se han llegado a realizar algunas de las actividades propuestas en el proyecto de actividades 2022".

Sobre el incumplimiento de la dotación mínima de recursos humanos se indica que el "equipo multidisciplinar del centro se compone de los siguientes profesionales de atención: directora, cuidadores/as, DUE, Psicóloga, terapeuta ocupacional y trabajador/a social. Desde la fecha de 24/6/21 la figura DUE no está presente, persistiendo esta carencia hasta la actualidad". En la Comisión de Seguimiento del 20/1/21, la unidad gestora recuerda que se está incumplimiento el Pliego. Se expone la preocupación por la rotación de personal técnico desde la pandemia y el impacto que esta produce en las personas usuarias. Desde la inauguración del centro de día en octubre de 2019, la rotación ha sido la siguiente: 3 directores, 5 personas en Terapia Ocupacional, 2 Psicólogas, 3 Fisioterapeutas y 2 Enfermeras.

El informe indica que la ausencia de la figura de enfermería determina que las funciones que le competen están sin realizar, "existiendo un riesgo añadido si se da la circunstancia de un accidente de gravedad o ausencia de seguimiento de una persona usuaria y la negligencia que conlleva la no intervención de esta figura".

Por último, se refiere a la falta de transparencia por no informar de los cambios en el personal, referenciando el caso del nombramiento de la última directora y el despido de una trabajadora que se conoce en la Mancomunidad por una denuncia sindical.

De la documentación y consideraciones anteriormente expuestas se deriva, a juicio de este Consejo de Navarra, que el servicio contratado no se está llevando a cabo con el nivel de calidad ofertado, esperado o deseado, existiendo carencias e incumplimientos parciales o cumplimientos defectuosos de algunas de las prestaciones y servicios ofrecidos que pueden ser merecedores de imposición de penalidades en el grado y calificación que resulten adecuados en atención a la gravedad, aunque se considera conveniente advertir que no cualquier incumplimiento de los compromisos ofertados puede ser genéricamente y en abstracto tipificado como falta muy grave, sino que habrá que estar a la verdadera entidad, transcendencia y gravedad que suponga o conlleve ese incumplimiento para la buena marcha del Centro de Día.

Como ya hemos indicado anteriormente, no todo incumplimiento o cumplimiento parcial o defectuoso de las prestaciones del servicio ofertadas por el adjudicatario pueden motivar la resolución culpable del contrato, potestad que queda reservada para aquellos casos de incumplimientos de las obligaciones esenciales y relevantes siendo, además, necesaria la acreditación de una voluntad o actitud rebelde por parte del contratista, que no cesa o desaparece tras los requerimientos y advertencias efectuadas por la Administración y que, en el caso aquí analizado, deberían haberse realizado cumpliendo con los requisitos y garantías que se establecen en las cláusulas 28 y 29 del Pliego de Condiciones, tanto para el caso de la imposición de penalidades como para la denuncia o resolución del contrato, lo que no aparece debidamente acreditado en el expediente administrativo tramitado.

Cierto es que en las actas de la Comisión de Seguimiento aparecen algunas advertencias y juicios críticos sobre algunos de los aspectos que en opinión de la Administración pueden considerarse deficiencias o incumplimientos de obligaciones inherentes a la prestación del servicio y que pueden motivar la imposición de penalidades, pero tales consideraciones no contienen o se ajustan a las exigencias que imponen las citadas cláusulas del pliego (advertencias verbales, diligencia de las comunicaciones verbales en las que consten los incumplimientos, formalización de un acta detallando

los incumplimientos en caso de no subsanación que debe comunicarse al contratista y a la unidad gestora al objeto de que puedan imponerse penalidades y, para la resolución contractual: advertencia verbal, informe de la unidad gestora caso de no subsanación, con traslado a la adjudicataria con advertencia para que en tres días subsane la deficiencia y, caso de tres reclamaciones por incumplimiento, siendo fundadas, se denunciará el contrato). Además, salvo en el caso de la ausencia de personal de enfermería, los defectos denunciados tampoco tienen la gravedad necesaria para motivar la resolución contractual, no pudiendo observarse del contenido de las actas una clara actitud rebelde de la adjudicataria al cumplimiento del contrato.

Por el contrario, se considera que la ausencia del personal de enfermería durante toda la duración de la prestación del contrato, desde su formalización el 14 de septiembre de 2021 y hasta, al menos, la fecha de inicio del expediente de resolución contractual, sí puede calificarse como incumplimiento de una obligación esencial y relevante de las obligaciones del contratista en cuanto afecta a la composición mínima del equipo técnico exigido y que su ausencia puede afectar, y afecta, a la actividad de los programas de atención sanitaria y, aunque no se observa una manifiesta actitud rebelde del contratista a su cumplimiento, ya que, como queda acreditado, viene realizando sin éxito convocatorias para cubrir tal necesidad, incluso contando con la colaboración de la propia Administración contratante, la realidad es que tal ausencia, mantenida durante tanto tiempo, afecta de modo grave a la prestación de un servicio del Centro de Día con la calidad exigida en el contrato y ofertada por el adjudicatario.

A pesar de ello, no consideramos que tal incumplimiento pueda motivar, en este momento, la resolución contractual, ya que, por un lado, ha habido tolerancia administrativa hacia tal situación ante la dificultad para cubrir el puesto de trabajo con una dedicación de 10 hora semanales y, por otro, no se ha cumplido debidamente con las garantías procedimentales exigidas por la cláusula 29 del Pliego para requerir y advertir a la adjudicataria que, caso de no cubrirse ese puesto de trabajo en un plazo

determinado, se iniciaría expediente de resolución contractual por incumplimiento de las obligaciones esenciales del contratista.

Lo anterior no impide que la Mancomunidad de Servicios Sociales de Base de la Zona de Noain pueda incoar nuevos expedientes de imposición de penalidades o de resolución contractual, caso de persistir los incumplimientos, debiendo cumplir con las exigencias y garantías procedimentales que se derivan de la regulación de contratos administrativos y, especialmente, de lo establecido en el Pliego de Condiciones regulador del contrato de prestación del servicio de Centro de Día.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra, en los términos indicados en el presente dictamen, informa desfavorablemente la propuesta de resolución contractual con prohibición de contratar por causa imputable al contratista, formulada por la Mancomunidad de Servicios Sociales de Base de la Zona de Noain en relación con el contrato de gestión del Servicio de Centro de Día en Beriain.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.