



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 6 8 / 2 0 1 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 12 de septiembre de 2018.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Hacienda del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de servicio de vigilancia del Edificio de Usos Múltiples nº I, II, Prodamer y Tres de mayo de Santa Cruz de Tenerife, adjudicado a la entidad (...) (EXP. 332/2018 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Hacienda del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución recaída en el expediente de resolución del contrato de servicio de vigilancia del Edificio de Usos Múltiples n.º I, II, Prodamer y Tres de mayo de Santa Cruz de Tenerife.

2. La preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación de la Excm. Sra. Consejera de Hacienda del Gobierno de Canarias para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 211.3.a), de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP), y con el art. 109.1.d), asimismo básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

3. Son aplicables al caso que nos ocupa la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el citado Texto Refundido y el Reglamento citado.

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento de resolución contractual y que constan documentados en el expediente, son los siguientes:

1.- Por Resolución del Director de Patrimonio y Contratación n.º 220/2017 de 4 de octubre de 2017, se adjudicó el contrato administrativo para la prestación del servicio de vigilancia y seguridad de edificios destinados a dependencias administrativas de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias en Las Palmas de Gran Canaria y Santa Cruz de Tenerife a las empresas (...), Lotes 1, 4, 5, 6 y 7, y (...), Lotes 2 y 3.

2.- El contrato fue formalizado con la entidad (...), respecto de los Lotes 1, 4, 5, 6 y 7 el 27 de febrero de 2018.

Ha de advertirse que esta empresa ya prestaba sus servicios anteriormente.

3.- Mediante escrito presentado el 9 de abril de 2018 por diferentes trabajadores, dirigido a la Dirección General de Patrimonio y Contratación, se pone de manifiesto:

«Nos dirigimos a Usted para poner en su conocimiento que el día 9 de marzo del año en curso los vigilantes actualmente con (...), que lleva los contratos de Patrimonio y Contratación del Gobierno de Canarias, no hemos cobrado, y los que han cobrado lo han hecho de forma incorrecta, incumpliendo el convenio colectivo de seguridad, dicho convenio nacional está recogido en el contrato supuestamente firmado con esa Dirección General de Patrimonio y Contratación, siendo obligatorio su cumplimiento.

El 26 de febrero nos pusimos en contacto con ustedes, manifestando nuestra enorme preocupación a que esto pudiera pasar, para evitar que pasara, y volvemos a ver cómo ha ocurrido de nuevo. Todo esto nos vuelve a llevar a la misma situación lamentable vivida en meses anteriores y, por lo tanto, se repite en algunos casos no poder hacer frente a los pagos que habitualmente tenemos que realizar (alquiler, hipotecas, colegios y otros), hecho que nos lleva a volver a denunciar dicha situación ante Magistratura de Trabajo (...).

4.- A la vista de aquel escrito, mediante oficio de 10 de abril de 2018 se requiere a (...), para que «(...) dado que ha incumplido ya el plazo de cinco días de obligación de pago, en el plazo de dos días hábiles desde la recepción de este escrito proceda a regularizar la situación de los trabajadores que no hubieran cobrado si es el caso».

Además se requiere para que en el mismo plazo se remita al órgano de contratación certificación expedida por el jefe de personal o persona encargada del departamento de contabilidad de la empresa, acreditativa expresamente de los siguientes aspectos:

«- Si se han abonado el salario de los trabajadores que prestan servicio en los edificios destinados a dependencias administrativas de la Administración de la CAC en Las Palmas de Gran Canaria y Santa Cruz de Tenerife del mes de marzo de 2018.

- Certificación sobre si se ha pagado en los tres primeros días hábiles y dentro, en todo caso, de los cinco primeros días naturales de cada mes, esto es, antes del 5 de abril de 2018.

- Convenio en virtud del cual se ha procedido al pago de los salarios».

5.- El 12 de abril de 2018 se presenta certificado por la contratista señalando que a día 5 de abril se realizó el pago de las nóminas de marzo de todos los trabajadores que prestan en servicio en el contrato por el convenio de (...), y que a fecha 11 de abril de 2018 se abonaron las diferencias salariales al convenio colectivo nacional.

6.- No obstante, en escrito de 12 de abril de 2018, presentado el 16 de abril de 2018 por los trabajadores, se pone de manifiesto que no se han cobrado aún ciertos emolumentos de la nómina del mes de marzo, y el 7 de mayo de 2018, respecto de la nómina del mes de abril, se presentan escritos por los trabajadores poniendo de manifiesto el impago de diferentes conceptos de aquella nómina, así como la disconformidad de otros en relación con lo establecido en el convenio nacional de aplicación.

2. En cuanto a la tramitación del procedimiento, constan los trámites exigibles legalmente, así:

1.- Por Resolución n.º 189/2018 de 24 de mayo de 2018, de la Dirección General de Patrimonio y Contratación, se incoa procedimiento de resolución del contrato con la entidad mercantil (...), Lotes 4, 5, 6 y 7, para la prestación del Servicio de Vigilancia del Edificio de Usos Múltiples n.º I, II, Prodamer y Tres de mayo de Santa Cruz de Tenerife, por las causas recogidas en el art. 223.f) TRLCSP en concordancia con la cláusula 20.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), lo que se notifica a la contratista, confiriéndole trámite de audiencia, lo que se verifica mediante escrito de alegaciones el 1 de junio de 2018 exponiendo, entre otras cuestiones, su oposición a la resolución del contrato reconociendo haber pagado las

nóminas fuera de plazo, pero no el impago, alegando asimismo que la medida de resolución contractual es desproporcionada.

Por proponerse la retención de la garantía definitiva, el 25 de mayo de 2018 se notifica la referida resolución, confiriéndole audiencia, a la avalista, sin que conste la presentación de alegaciones.

2.- El 5 de junio de 2018 se emite informe por el Director General de Patrimonio y Contratación, dando respuesta a las alegaciones de la contratista.

3.- Solicitado informe al Servicio Jurídico el 6 de junio de 2018, mediante Resolución del Director General de Patrimonio y Contratación de la misma fecha, notificada a la contratista vía correo electrónico con acuse de recibo, se suspende el procedimiento de resolución contractual hasta tanto se reciba aquel informe.

4.- El 15 de junio de 2018 se emite informe por la Asesoría Jurídica poniendo de relieve la improcedencia de la suspensión del procedimiento, para lo cual se transcribe el Dictamen n.º 256/2018, de 1 de junio de este Consejo Consultivo, en lo que a ello se refiere.

5.- Mediante Resolución de 18 de junio de 2018 del Director General de Patrimonio y Contratación, se levanta la suspensión acordada.

6.- El 20 de junio de 2018 se emite Propuesta de Resolución.

7.- En fecha 5 de julio de 2018, la Consejera de Hacienda del Gobierno de Canarias (RE 9 de julio de 2.018) solicita dictamen con urgencia del Consejo Consultivo de Canarias, que es admitida mediante acuerdo plenario en sesión celebrada el día 16 de julio de 2018, si bien no con el carácter urgente con el que se solicita.

Al respecto debe señalarse que la solicitud de urgencia no viene fundada en causa objetiva que la sustente, como hemos señalado en múltiples ocasiones, sino en la previsión general prevista en la norma contractual que se cita sobre caducidad, que tiene por objeto el procedimiento administrativo incoado, no el procedimiento de acción consultiva, cuya urgencia viene determinada por las normas reguladoras de este Consejo. El dictamen a emitir, pues, lo será por el procedimiento ordinario.

III

1. Entrando ya en el fondo del asunto, la Propuesta de Resolución, como se ha señalado, concluye la procedencia de resolver el contrato que nos ocupa por incumplimiento culpable del contratista, con incautación de la garantía definitiva.

2. Tal como se desprende del expediente, así como de las propias alegaciones del contratista, la Propuesta de Resolución fundamenta adecuadamente la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, cuya calificación como tales se desprende de los pliegos y del contrato. Así, resultan motivadamente desestimadas las alegaciones formuladas por el contratista en la Propuesta de Resolución.

Por una parte, en cuanto al carácter desproporcionado de la resolución contractual, puntualiza la Propuesta de Resolución que ya había sido la empresa requerida al cumplimiento de sus obligaciones, con advertencia de las consecuencias de su incumplimiento el 10 de abril de 2018, a pesar de lo cual se presentó certificación por la empresa por la que se comunicaba que el día 5 se había procedido al abono de la nómina del mes de marzo, si bien conforme a su Convenio, el cual fue declarado nulo por la Sentencia número 105/17 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 10 de julio de 2017, y no al nacional aplicable, por lo que se regularizaría la situación el día 11 de abril.

A pesar de ello, posteriormente se constata que se persiste en el incumplimiento contractual, a partir de los numerosos escritos presentados por los trabajadores.

Al respecto, se defiende la contratista en sus alegaciones argumentando:

Por un lado, que existe un proceso de discrepancia sobre las condiciones a aplicar a los trabajadores que queda solventado al acordar ambas partes la aplicación del Convenio Colectivo Estatal.

Mas, como se señala en la Propuesta de Resolución, no existe tal discrepancia porque, sin perjuicio de otras aclaraciones que se hacen, la misma ha sido solventada por la Sentencia número 105/17 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de fecha 10 de julio de 2017, por la que se declaró nulo el Convenio de (...), siendo aplicable el Convenio Nacional.

Además, consta que antes de la adjudicación del contrato que ahora pretende resolverse ya venía prestando sus servicios la misma empresa, si bien nunca abonó los salarios de conformidad con lo previsto en el convenio estatal sino con el convenio de empresa que se anuló, habiéndose presentado numerosos escritos por los trabajadores. Por ello, se solicitó por la Administración en dos ocasiones a la adjudicataria (aunque ello no fuera necesario pues constaba como obligación esencial en los pliegos que regían la contratación) pronunciamiento expreso sobre el

convenio colectivo que se iba a aplicar, siendo la respuesta de la contratista, el 26 de enero de 2018, que se aplicaría el convenio estatal.

A mayor abundamiento, el hecho mismo de que se reconozca por la adjudicataria en su certificado de 11 de abril de 2018, presentado el día 12 del mismo mes y año, que se abonaron las diferencias salariales entre el Convenio de (...) y el Estatal el día 11, lleva aparejado su reconocimiento de que no había controversia alguna, e implica consecuentemente un incumplimiento grave de su obligación de pago de los salarios, en este sentido la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de fecha 25 de octubre de 2016 en materia de extinción de la relación laboral por voluntad del trabajador por impago de salarios establece la siguiente doctrina a la hora de determinar la gravedad del impago: «La demanda origen de autos se sustenta en la concurrencia de la causa justa de extinción del contrato por voluntad del trabajador prevista en el artículo 50.1.b ET. “La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado”, es decir, en el incumplimiento por el empresario de la obligación de hacer consistente en el pago puntual del salario (artículos 4.2.f y 29 ET).

Para que prospere la causa resolutoria la doctrina viene exigiendo la concurrencia del requisito de “gravedad” en el incumplimiento empresarial, y a los efectos de determinar tal gravedad, viene sosteniendo desde la STS 24 marzo 1992 (RJ 1992, 1870) (rec. 413/1991), que debe valorarse exclusivamente si el retraso o el impago es o no trascendente partiendo de un triple criterio, objetivo (independiente de la culpabilidad de la empresa) temporal (continuado y persistente en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado) - por todas, STS 3 diciembre 2013 (RJ 2013, 8160).

El artículo 50 ET no deja de ser trasunto laboral del artículo 1124 Código Civil (LEG 1889, 27), que permite al perjudicado por el incumplimiento ajeno escoger entre exigir el cumplimiento de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos (STS 3 diciembre 2013 (RJ 2013, 8160), rcud 141/2013).

Sabemos, y en este caso no se discute, -cual es la fecha límite de los incumplimientos alegables- puede extenderse hasta la propia fecha del juicio (STS 25 febrero 2013 (RJ 2013, 4497)); en lo que se centra nuestra atención es en el cumplimiento tardío del pago y sus efectos en el ejercicio de la acción resolutoria.

Entendemos que la satisfacción extemporánea de las retribuciones solo puede significar que se cumple con la obligación de pago pero no con la obligación de pago puntual.

El pago extemporáneo es la constatación del retraso en el pago, pues si no se pagara lo que existiría sería impago.

Por tanto, el pago extemporáneo no equivale a cumplimiento de la obligación y no puede erigirse en obstáculo para el ejercicio de la acción resolutoria basada en esta causa, contando el trabajador con un año para ejercitarla (artículo 59.2 ET)».

3. Por otro lado, alega la contratista que la discrepancia existente entre lo certificado por ella del abono de los salarios el día 5, y las diferencias con el Convenio Estatal el día 11, y lo alegado por los trabajadores en cuanto a no haber percibido aún sus salarios se debe a razones bancarias, pues depende del banco o caja el momento en el que se hace efectiva la transferencia de la nómina. Así se señala: «Parece cuanto menos excesivo esperar que el propio 11 les apareciera la diferencia ingresada en cuenta, dependerá del banco o caja de cada trabajador».

Ante tal alegación, responde la Propuesta de Resolución, correctamente, que en la misma ya se reconoce el incumplimiento contractual. Y es que:

«Mediante Resolución de 19 de enero de 2018, de la Dirección General de Empleo, se registra y publica el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad. (BOE nº 29, de 1 de febrero de 2018)

Su artículo 5 dispone que el citado Convenio entrará en vigor el día 1 de enero de 2017, con independencia de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, y mantendrá su vigencia hasta el 31 de diciembre del 2020, quedando prorrogado íntegramente hasta su sustitución por otro Convenio de igual ámbito y eficacia.

Asimismo y en cuanto al abono de los salarios su artículo 38 dispone:

Las retribuciones del personal comprendido en el ámbito de aplicación de este Convenio Colectivo estarán constituidas por el salario base y los complementos del mismo y corresponde a la jornada normal a que se refiere el artículo 52 del presente Convenio.

El pago del salario se efectuará por meses vencidos en los tres primeros- días hábiles y dentro, en todo caso, de los cinco primeros días naturales de cada mes. No obstante, los complementos variables establecidos en el Convenio Colectivo se abonarán en la nómina del mes siguiente al que se haya devengado, y su promedio en vacaciones se abonará en la nómina del mes siguiente al que se disfruten.

El recibo de salarios incluirá todos los conceptos retributivos incluyendo, expresamente, en su caso, el desglose de los valores unitarios que corresponda.

Cobrar el salario a cambio de su trabajo es el derecho principal del trabajador y pagar el salario es la principal obligación de la empresa.

Por tanto entiende esta parte que no corresponde ni a la contratista ni a este órgano de contratación entrar a valorar si es excesivo o no que un trabajador espere tener su nómina ingresada en la fecha que prevé la normativa que regula la materia. El convenio que resulta de aplicación es contundente en este aspecto “El pago del salario se efectuará por meses vencidos en los tres primeros días hábiles y dentro, en todo caso, de los cinco primeros días naturales de cada mes”, y esta es la obligación del contratista.

En cualquier caso a fecha de 1 de junio de 2018, que es la fecha en la que esa empresa presenta sus alegaciones, considera la contratista que excesivo o no que sigan sin cobrar los salarios los trabajadores que le corresponden?, en qué momento el incumplimiento de sus obligaciones por parte de la empresa le parece que son incumplimientos?

Ya en el mes de mayo y ahora en relación con las nóminas del mes de abril de 2018 (segundo mes segundo incumplimiento), mediante escrito de fecha 7 de mayo de 2018 (...), los trabajadores de la empresa (...) que desarrollan su trabajo en los Edificios Prodamer y Tres de mayo de Santa Cruz de Tenerife informan de que siguen sin cobrar: la actualización de la antigüedad a convenio actualizado, las horas extras no se están pagando conforme al convenio nacional, no se están pagando determinados complementos de responsable de equipo, falta el plus de peligrosidad de varios empleados.

Ya en el mes de mayo y ahora en relación con las nóminas del mes de abril de 2018 (segundo mes segundo incumplimiento), mediante escrito de fecha 7 de mayo 2018 (...), los trabajadores de la empresa (...) que desarrollan su trabajo en el Edificio de Usos Múltiples II de Santa Cruz de Tenerife informan de todas las anomalías de su nómina y que afectan principalmente a las diferencias salariales que no cobran respecto al convenio nacional que resulta de aplicación.

Finalmente y ya en el mes de mayo y ahora en relación con las nóminas del mes de abril de 2018 (segundo mes segundo incumplimiento), mediante escrito de fecha 7 de mayo de 2018 (...), los trabajadores (...) que desarrollan su trabajo en el Edificio de Usos Múltiples I de Santa Cruz de Tenerife informan sobre las anomalías en su nómina respecto a los conceptos de antigüedad.

Lo anteriormente expuesto pone de manifiesto la falta de veracidad de las alegaciones presentadas por la empresa en su escrito de alegaciones que aducen que todo está arreglado, y que todo está regularizado (...) y la propia contradicción en la que, la propia empresa y, para lo que cree que es la defensa de sus intereses, se ha visto incurso».

4. Finalmente, se alega por la contratista la dificultad de pago por tratarse de cantidades debidas no previstas por la empresa, a lo que ha de responderse reiterando su compromiso de pago conforme al Convenio de aplicación, y, en todo caso, al resultar aplicable, tal y como se asumió en la contratación, la cláusula 20 del PCAP, relativa a las obligaciones del contratista, dispone:

«20.3.- Como obligación contractual esencial, el contratista deberá cumplir, bajo su exclusiva responsabilidad, las disposiciones vigentes en materia laboral, de seguridad social y de seguridad e higiene en el trabajo, debiendo tener a su cargo el personal necesario para la realización del objeto del contrato, respecto del que ostentará, a todos los efectos la condición de empresario.

En caso de que la empresa contratista Incumpla las funciones asumidas en relación con su personal dando lugar a que el órgano o ente contratante resulte sancionado o condenado, deberá indemnizar a éste de todos los daños y perjuicios que se deriven de tal incumplimiento y de las actuaciones de su personal

En concreto, contrae las obligaciones que se relacionan en los apartados siguientes, que tienen, todas ellas, el carácter de obligaciones contractuales esenciales.

20.3.2.- En especial, el contratista está obligado a aplicar durante todo el período de vigencia del contrato, todos los vigilantes de seguridad que prestan servicios en todos los edificios incluidos en el lote o lotes a él adjudicados, todos los derechos y condiciones laborales establecidas en el convenio colectivo sectorial estatal para empresas de seguridad, que estuviere en vigor, o, en su caso, el convenio de empresa vigente que mejore lo dispuesto en el convenio colectivo de ámbito superior, en cuyo caso aplicará el de empresa.

El cumplimiento de la obligación relativa a las prestaciones salariales se acreditará mediante certificación mensual, expedida por el jefe de personal o persona encargada del departamento de contabilidad de la empresa acreditativa de que, en el mes de la Adra, se abonaron, a todos las vigilantes de seguridad que prestan los servicios del contrato, las retribuciones fijadas en el convenio que fuere de aplicación con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior

La Administración contratante se reserva la facultad de comprobar la veracidad de la información».

Por todo ello, entendemos que procede la resolución del contrato por la causa establecida en el art. 223 f) del TRLCSP que, entre las causas de resolución del contrato contempla la del incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato, como es el caso que nos ocupa, donde constituye obligación esencial el abono de los salarios a los trabajadores, lo que se ha venido incumpliendo reiteradamente por la contratista tanto en plazo como en cuantía.

5. En cuanto a los efectos de la resolución, es conforme a Derecho también la Propuesta de Resolución, al proponerse la retención de la garantía en la proporción que corresponda por el lote al que afecta la resolución, lo que se ha notificado a la

entidad avalista, previendo además ordenar el cálculo de las cuantías que procedan en concepto de indemnización por daños y perjuicios.

Así, prevé en el art. 225.3 TRLCSP que cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados, añadiendo que la indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía definitiva que se haya constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere a imponer que exceda del de la garantía incautada.

Por su parte, el apartado 4 del mismo artículo establece que en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida.

En el art. 113 RGLCAP se dispone que en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración.

Finalmente, además, resuelve la Propuesta de Resolución, como consecuencia de la resolución contractual, «Ordenar, asimismo, se inicie expediente para declarar la prohibición a (...) para contratar con este Departamento y en su caso, si procede, extender sus efectos a otros ámbitos del sector público». Lo que procede en virtud del art. 60.2.a) TRLCSP, al prever que son circunstancias que impedirán a los empresarios contratar con las Administraciones Públicas las siguientes: a) Haber dado lugar: por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con una Administración Pública.

6. De todo lo expuesto se desprende, por un lado, el incumplimiento contractual por parte de la contratista, y, por otra parte, su carácter culpable, por lo que resulta conforme a Derecho la Propuesta de Resolución, en cuanto a la resolución por incumplimiento culpable del contrato administrativo suscrito con (...), Lotes 4, 5, 6 y 7, para la prestación del servicio de vigilancia del Edificio de Usos Múltiples n.º I, II, Prodamer y Tres de mayo de Santa Cruz de Tenerife, con retención de la garantía definitiva constituida por el contratista en la parte proporcional al lote que se resuelve, para que se proceda, posteriormente, al cálculo de las cuantías a que ascienden los daños y perjuicios efectivamente sufridos por la Administración

contratante para el abono de la indemnización que corresponda, con indicación expresa de si la cuantía de la citada indemnización excede o no del importe de la garantía definitiva constituida por el contratista con motivo de la adjudicación del contrato de referencia, de conformidad con el art. 225.3 y 4 TRLCSP.

Ello tendrá que determinarse en pieza separada, en la que debe concederse nueva audiencia al contratista, como establece el art. 113 del RGLCAP, al igual que la declaración de la prohibición para contratar.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, pues procede resolver el contrato en virtud de la causa invocada en la Propuesta y con los efectos señalados en la misma.