



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 0 1 / 2 0 1 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 4 de octubre de 2018.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de servicio de vigilancia y seguridad de los centros de acogida municipales para personas sin hogar adjudicado a la entidad (...) (EXP. 391/2018 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado el 6 de agosto de 2018 (con registro de entrada en el Consejo Consultivo de Canarias el 3 de septiembre de 2018) por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, es la Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de servicio de vigilancia y seguridad de los centros de acogida municipales para personas sin hogar adjudicado a la entidad (...).

2. La legitimación para la solicitud del dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este Consejo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), y los arts. 109 del 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 y 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL).

3. Respecto a la legislación aplicable, el contrato del que trae causa el presente procedimiento fue adjudicado por Acuerdo Plenario del 29 de diciembre de 2017, si bien el expediente se inicia mediante publicación en el BOP de Las Palmas nº 49, de

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

22 de abril de 2016, así como en el perfil del contratante del Gobierno de Canarias, con fecha de 15 de marzo de 2016.

Dado que entre la publicación y adjudicación se produce un cambio normativo en materia de contratación pública es necesario aclarar cuál es la norma a aplicar.

La Disposición Transitoria Primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (LCSP) señala:

«1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior».

Siguiendo el tenor literal de este precepto, el contrato de servicio de vigilancia y seguridad de los centros de acogida municipales para personas sin hogar, se regirá por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), al haberse publicado el anuncio antes de la entrada en vigor de la LCSP, si bien la extinción entraría en el ámbito de aplicación de esta última al haberse adjudicado el contrato con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

En el presente expediente el pliego de cláusulas administrativas particulares remite al TRLCSP en todos los aspectos de la contratación, incluyendo la resolución (cláusula 35), así como el contrato de fecha 24 de enero de 2018. Además, también resultan aplicables, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), y demás acuerdos adoptados por las partes que rigen en el contrato.

4. La normativa aplicable al procedimiento de resolución viene dada por la existente en el momento de su iniciación tal como se establece en la disposición transitoria primera de la LCSP y disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

El 7 de junio de 2018 el titular del área de Economía y Hacienda del Excmo. Ayuntamiento de las Palmas de Gran Canaria acuerda la incoación del procedimiento

para determinar la posible resolución del contrato, por tanto, habrá que estar a esta fecha para determinar la normativa aplicable al procedimiento de resolución del contrato.

El art. 212 de la LCSP, señala 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 establezca.

El art. 109 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas señala el procedimiento a seguir.

De la referida normativa se infiere la necesidad de emisión del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, la necesaria audiencia al contratista, y al avalista en caso de incautación de la garantía y el informe del servicio jurídico.

En el ámbito local, se preceptúa como necesarios para la resolución del contrato los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, de acuerdo con el art. 114.3 TRRL.

Se han cumplido todos estos trámites, a excepción del informe del Interventor, que habrá de incorporar el mismo para evitar incurrir en causa de anulabilidad, y en relación con el avalista no consta en el expediente administrativo la existencia del mismo, por cuanto la cláusula séptima del contrato de fecha 24 de enero de 2018 dispone que «El importe de la garantía fianza definitiva es de 39.406,32 euros, depositada con fecha 04/07/2017, según número de operación 320170014269, que queda afectada a los conceptos previstos en la legislación aplicable», sin que se haga referencia a la existencia de avalista alguno, por lo que se entiende que la fianza ha sido depositada en efectivo por la empresa contratista en la Caja de Depósitos de la Entidad Local.

5. En cuanto al plazo para resolver el expediente de resolución es de ocho meses, en virtud del art. 212.8 LCSP. El transcurso del plazo máximo determinaría, en caso de producirse, la caducidad del procedimiento, plazo que en el momento actual no ha precluido.

II

Constan documentados en el expediente los siguientes antecedentes:

1.- El 24 de enero de 2018 se firmó contrato administrativo de servicio de vigilancia y seguridad de los centros de acogida municipales para personas sin hogar con la entidad (...), tras la adjudicación acordada por Resolución de fecha 29 de diciembre de 2017.

El acta de iniciación del servicio se firmó con fecha de 1 de febrero de 2018.

2.- Con fecha de 20 de marzo de 2018, la Coordinadora Provincial de Seguridad Privada de Intersindical Canaria, presentó escrito denunciando el incumplimiento de la obligación de abonar los salarios según lo establecido en el convenio colectivo estatal de empresas de seguridad privada.

3.- A la vista del citado escrito, se formuló requerimiento a la adjudicataria con fecha de 9 de abril de 2018, para que dé cumplimiento a lo previsto en el Pliego de Prescripciones Técnicas y proceda al abono de las nóminas de los trabajadores en los plazos y cuantías previstos en el convenio colectivo estatal de empresas de seguridad, advirtiéndole asimismo, que en caso de no ser atendido el requerimiento o de tener constancia de la reiteración del incumplimiento, se podrían tomar las medidas previstas en la cláusula 24 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

4.- Con fecha de 23 de abril de 2018 se recibe en la Sección de Contratación escrito de la contratista, (...), en el que se formulaban alegaciones al requerimiento.

5.- Con fecha de 8 de mayo de 2018 se emitió informe técnico del Área de Gobierno de Cohesión Social e Igualdad.

6.- Con fecha de 7 de junio de 2018, remite informe propuesta del Jefe de Servicio de Patrimonio y Contratación.

7.- Por resolución de 7 de junio de 2018 se dicta Resolución del titular de Economía y Hacienda por la que se acuerda la incoación de procedimiento para determinar la posible resolución del contrato de servicio de vigilancia y seguridad de los centros de acogida municipales para personas sin hogar.

III

Por lo que se refiere al fondo del asunto planteado, la resolución del titular de Economía y Hacienda del Excmo. Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria propone la resolución de contrato de servicio de vigilancia y seguridad de los centros de acogida municipales para personas sin hogar, por no cumplir el contratista la obligación general en materia de personal 5.2.1 del pliego de prescripciones

técnicas, que exige abonar los salarios a los trabajadores conforme al Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad Privada vigente en cada momento. El contratista pretende acogerse al Convenio Colectivo de Empresa, debiendo hacerse constar que por sentencia nº 105/2017, de 10 de julio de 2017 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, se declara nulo el Convenio de (...), siendo aplicable el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad.

Se trata, por tanto, de determinar si el incumplimiento de la condición general de personal 5.2.1 del pliego de prescripciones técnicas, es causa de resolución del contrato, no recogiendo como disposición específica del contrato, ni como condición especial de ejecución del contrato de tipo social, ya que estas últimas aparecen en el apartado 8 del pliego de prescripciones técnicas.

El art. 223 f) TRLCSP establece como causa de resolución: «El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato».

Y el art. 211.1 f) de la LCSP señala:

«f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato.

Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes:

1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general».

En este caso, el pliego de cláusulas Administrativas Particulares y el contrato, no definen qué obligaciones consideran esenciales y cuáles no. La cláusula 24 del pliego de cláusulas Administrativas particulares, de manera genérica, señala que si el adjudicatario incumpliera las obligaciones que le incumben, la Corporación estará facultada para exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, quedando sujeto en todo caso a indemnizar daños y perjuicios.

Reproducimos su contenido: «(...) si el adjudicatario incumpliera las obligaciones que le incumben, la Corporación estará facultada para exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, en todo caso quedará sujeto a resarcir los daños o indemnizar los perjuicios causados. A estos efectos, si por causas imputables al contratista, hubiera incumplido la

ejecución parcial de las prestaciones definidas en alguno de los documentos contractuales (pliegos, contrato, programa de trabajo, etc.) y el Ayuntamiento no opta por la resolución, se aplicarán penalidades según la siguiente escala:

- Contratos con precio hasta 30.000 euros6 euros diarios
- De 30.000,01 euros a 150.000,00 euros30 euros diarios
- De 150.000, 01 euros a 600.000 euros60 euros diarios
- De 600.000,01 euros en adelante300 euros diarios»

Asimismo, la cláusula primera del contrato recoge el compromiso del contratista de sujetarse estrictamente al pliego de prescripciones técnicas, al pliego de cláusulas administrativas particulares, al proyecto y al contrato.

La jurisprudencia viene señalando que los pliegos, tanto de cláusulas administrativas como de prescripciones técnicas, constituyen la ley del contrato, cualquiera que sea el objeto de éste (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2012, recurso de casación 719/2010).

La STS de 25 de junio de 2002 determinaba cuando una obligación era esencial en atención a las circunstancias concurrentes, «el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial”, debiendo dilucidar en qué supuestos se trata de verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos».

El Consejo Consultivo de Madrid en Dictámenes 631/11, 324/13 y 403/13 se planteó la posibilidad de resolver aun cuando no se hubiera consignado expresamente el carácter esencial de determinada obligación en los pliegos o en el contrato «se trata de evitar las desfavorables consecuencias que para el interés general se podrían derivar de una interpretación estricta de la norma que impidiese la resolución ante incumplimientos de obligaciones esenciales no recogidas expresamente, por el hecho de una defectuosa elaboración de los pliegos o el contrato».

Se hace preciso, por tanto, analizar si hay incumplimientos graves del pliego de cláusulas administrativas particulares, del pliego de prescripciones técnicas, del contrato y de la oferta presentada por el contratista, ya que claramente el incumplimiento de la obligación general de personal 5.2.1, ni es propiamente una condición especial de ejecución de tipo social de las previstas en el art. 118 del TRLCSP (se recoge en el pliego de prescripciones técnicas como condición general de personal), ni es configurada como obligación esencial en los pliegos o el contrato, a efectos de la resolución del mismo.

El hecho de que no se configure como obligación esencial a efectos de la resolución de contrato, dada la incertidumbre del marco regulatorio por el cambio normativo, obliga a determinar hasta qué punto su incumplimiento puede calificarse o no de grave a efectos de la resolución del contrato, ya que el hecho de que no sea causa de resolución del contrato, no significa que no se pueda exigir su estricto cumplimiento, ya que, tal como se ha expuesto, los pliegos son la ley del contrato.

A la vista de los arts. 201, 202, 211.1 f) y 71.2 c) de la LCSP el incumplimiento de la cláusula 5.2.1, no es causa de resolución, al no haberse recogido como una obligación esencial a efectos de la resolución del contrato, sin perjuicio de que proceda imponer penalidades para exigir su estricto cumplimiento.

Cabría plantearse si la solución sería la misma aplicando el art. 223.f) TRLCSP.

Como señalábamos anteriormente la jurisprudencia, en los casos en que la obligación incumplida no se califica como esencial en el contrato o los pliegos, exige que «el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial».

En este caso, el contrato se suscribe el 24 de enero de 2018 y según los antecedentes que constan en la propuesta de resolución del expediente (no consta en el expediente la denuncia) se dice que la Coordinadora Provincial de Seguridad Privada de Intersindical Canaria presentó escrito denunciando el incumplimiento de la obligación de abonar los salarios según lo establecido en el Convenio Estatal de Empresas de Seguridad Privada, sin que conste que haya denuncias de los trabajadores, ni incidencias que hayan afectado a la normalidad de la prestación del servicio, existiendo un breve lapso de tiempo entre la celebración del contrato y la denuncia. En estas circunstancias, en las que el incumplimiento alegado no guarda relación directa con el objeto del contrato, y sin que haya constancia de que haya afectado al normal desarrollo del servicio, siendo en cualquier caso el impago parcial, por pagarse conforme al Convenio de Empresa y no conforme al Estatal, y puntual, toda vez que estaríamos hablando de una mensualidad (febrero 2018), no podemos calificar el incumplimiento de grave y esencial a efectos de la resolución del contrato, por lo que de acuerdo con la ley y la con la cláusula 24 del pliego de cláusulas administrativas particulares, el Ayuntamiento deberá imponer penalidades al contratista en orden a exigir el estricto cumplimiento de la obligación general en materia de personal contenida en la cláusula 5.2.1 del pliego de prescripciones técnicas, siguiendo el procedimiento previsto en la cláusula 24 del pliego de cláusulas administrativas particulares.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de vigilancia y seguridad de los centros de acogida municipales para personas sin hogar, adjudicado a la entidad (...), no se considera ajustada a Derecho, al no haber causa de resolución del contrato, sin perjuicio de que se pueda exigir el fiel cumplimiento de lo pactado en el contrato y el pliego de prescripciones técnicas en los términos expuestos en el Fundamento III del presente dictamen.