



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 7 4 / 2 0 1 9

(Sección 2ª)

La Laguna, a 17 de octubre de 2019.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de resolución del contrato del «servicio de vigilancia y protección en el centro de internamiento educativo para menores infractores de Canarias, La Montañeta (Lote II)» adjudicado a la empresa (...), en virtud de la Orden de la Consejera de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda, número LOR2017CA00583, de fecha 8 de septiembre de 2017 (EXP. 302/2019 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Consejera de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución, en forma de Borrador de Orden, por la que se resuelve el contrato del servicio de vigilancia y protección en el Centro de internamiento educativo para menores infractores de Canarias, La Montañeta, adjudicado a la empresa (...) el 8 de septiembre de 2017.

2. La contratista se ha opuesto a la resolución contractual. Esta oposición determina la preceptividad del Dictamen según el art. 211.3.a) de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (norma aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto por la DT 1ª.2 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 -LCSP-), en relación con el art.

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias. De este último y del 12.3 de la misma Ley se desprende, respectivamente, la competencia del Consejo para emitir el Dictamen y la legitimación de la Sra. Consejera del Gobierno de Canarias para solicitarlo.

3. Son aplicables al caso que nos ocupa la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), el citado TRLCSP y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), de carácter básico.

En este caso el contrato fue adjudicado, iniciada su resolución e instruido por la anterior Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno de Canarias, que después de las pasadas elecciones autonómicas y la constitución del nuevo Gobierno de Canarias, pasó a denominarse Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud, asumiendo ésta las competencias de la anterior sobre la materia, culminando la instrucción y solicitando el dictamen a este Consejo.

II

Según se desprende de la documentación obrante en el expediente, son antecedentes relevantes del presente procedimiento los siguientes:

1.- La adjudicación del servicio de vigilancia y protección en el Centro de internamiento educativo para menores infractores de Canarias, La Montañeta, a la empresa (...), se acordó en virtud de la Orden de la Consejera de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda, número LOR2017CA00583, de fecha 8 de septiembre de 2017, por el precio unitario por hora de servicio de QUINCE EUROS CON NOVENTA CÉNTIMOS (15,90 €) sin IGIC, ascendiendo el gasto máximo o indicativo previsto para el contrato del Lote II, La Montañeta, sin incluir el IGIC, a la cantidad de TRES MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL VEINTE EUROS CON VEINTIDÓS CÉNTIMOS (3.378.020,22 €); condicionado por las necesidades reales de la Administración, que, por tanto, no queda obligada a llevar a efecto una determinada cuantía de unidades, ni a gastar la totalidad del importe indicado.

2.- Con fecha 5 de diciembre de 2017 se firmó el contrato entre la Consejera de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda y la empresa (...) para la realización del servicio de vigilancia y protección del centro de internamiento educativo para menores infractores de Canarias, La Montañeta, Lote II, con inicio el 11 de diciembre de 2017.

3.- El plazo de duración del contrato es de 24 meses, a contar desde el 11 de diciembre de 2017, lote II, o bien hasta que se haya agotado el presupuesto máximo de los mismos, en el supuesto de que este hecho se produjera con antelación al cumplimiento del plazo antes señalado.

4.- Mediante escrito de fecha 12 de abril de 2019, con entrada en la Secretaría General Técnica, el 15 de abril, la Dirección General de Protección a la Infancia y la Familia de la anterior Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda, en base a lo acordado en la reunión de la Comisión General de Seguridad y Vigilancia del uno de marzo de 2019, así como en el informe del responsable supervisor del contrato de 9 de abril de 2019, en el que constatan numerosos y reiterados incumplimientos en la ejecución del contrato al no ajustarse a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen la contratación, que derivan en una calificación del servicio realizado como deficiente, propone la tramitación de la resolución del contrato administrativo de vigilancia y protección del Centro de Internamiento Educativo de Canarias, Lote II La Montañeta, suscrito con la empresa (...).

El 25 de mayo de 2019, la citada Dirección General, firma la propuesta de inicio del procedimiento de resolución contractual que nos ocupa.

III

1. En cuanto a los trámites procedimentales realizados, constan los siguientes:

1.1. En virtud de la Orden departamental LOR2019CA00338, de fecha 31 de mayo de 2019, se resolvió iniciar el expediente de resolución del contrato del servicio de vigilancia y protección en el centro de internamiento educativo para menores infractores de Canarias, La Montañeta (Lote II), adjudicado a la empresa (...).

1.2. La Orden citada en el punto anterior fue notificada a la empresa (...) el 6 de junio de 2019, y a la entidad avalista (...), el 15 de junio de 2019 finalizando el plazo de audiencia el 17 de junio de 2019 para la empresa prestataria del servicio y el 25 de junio de 2019 para la entidad avalista.

1.3. Mediante escrito de 6 de junio de 2019, presentado en la Oficina de Correos de Monforte de Lemos, la empresa (...), solicita:

«- Escrito de la Dirección General de Protección a la Infancia y la Familia, de fecha 12 de abril de 2019, que tiene entrada en la Secretaría General Técnica el día 15 de abril.

- Acuerdo de la Comisión General de Seguridad y Vigilancia de 1 de marzo de 2019 al que se hace referencia en la resolución.

- Informe del responsable supervisor del contrato de fecha 9 de abril de 2019, al que se hace referencia en la resolución.

- la concesión de un plazo adicional de cinco días para la formulación de las alegaciones al acuerdo de iniciación notificado».

1.4. Mediante la Orden LOR2019CA00368 del Departamento, de fecha 11 de junio de 2019, se acuerda conceder a la empresa (...) la ampliación en 5 días naturales para el trámite de audiencia concedido en la Orden LOR2019CA00338 de la Consejera de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda, registrada el 3 de junio de 2019, en relación con el inicio del procedimiento de resolución del contrato del servicio de vigilancia y protección en el centro de internamiento educativo para menores infractores de Canarias, la Montañeta (Lote II) ampliándose, pues, el plazo de audiencia hasta el 24 de junio de 2019.

Asimismo, en la referida orden LOR2019CA00368 se acordó hacer entrega de los siguientes documentos a la empresa (...):

- Escrito de la Dirección General de Protección a la Infancia y la Familia, de fecha 12 de abril de 2019.

- Acuerdo de la Comisión General de Seguridad y Vigilancia de 1 de marzo de 2019.

- Informe del responsable supervisor del contrato de fecha 9 de abril de 2019.

1.5. Con fecha 24 y 25 de junio de 2019 finalizó el plazo para que la empresa y la entidad avalista formularan las alegaciones y presentaran los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes, sin que se presentaran alegaciones por parte del avalista, mientras que el contratista con fecha 24 junio de 2019 presentó escrito de alegaciones en la oficina de correos de Monforte de Lemos, que tuvo entrada en el Departamento el 28 de junio de 2019.

1.6. Con fecha 15 de julio de 2019 se emite una primera propuesta de la Dirección General de Protección a la Infancia y la Familia, en la que se propone la resolución del contrato que nos ocupa y la incautación de la fianza definitiva del

contratista. Asimismo, con esa misma fecha se emite un borrador de Orden de la Consejera de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda en funciones, acordando la citada resolución contractual y la incautación de la garantía definitiva constituida por el contratista.

1.7. Se solicita informe a la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos sobre el citado borrador de Orden, la cual emitió informe de fecha 25 de julio de 2019, que estima ajustado a Derecho el mismo.

1.8. Posteriormente, previa propuesta de la nueva Directora General de Protección a la Infancia y la Familia, consta borrador de Orden definitivo de la Sra. Consejera de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud del Gobierno de Canarias, que es el que se somete a Dictamen de este Consejo Consultivo como Propuesta de Resolución.

1.9. El 5 de agosto de 2019, se solicitó Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, en periodo inhábil, por lo que dicha solicitud tiene entrada en este Consejo el 3 de septiembre de 2019, primer día hábil posterior a la solicitud.

1.10. Asimismo, consta en el expediente Orden n.º LOR2019CA00577, de 20 de agosto de 2019, de la Sra. Consejera de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud del Gobierno de Canarias, por el que suspende el plazo máximo para resolver el procedimiento de resolución contractual, por el tiempo que media entre la petición de «informe» (*sic*) al Consejo Consultivo de Canarias de fecha 6 de agosto de 2019 y la recepción del «informe» (*sic*).

1.11. El 19 de septiembre de 2019, previo acuerdo de la Sección II de este Consejo, se remite requerimiento de documentación, en aplicación de lo dispuesto en el art. 53 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Canarias, aprobado por Decreto 181/2005, de 26 de julio, a la Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud, con el siguiente contenido:

«1.Requerir de la Administración actuante la información o documentación que a continuación se expresa:

a) Expediente por el que se imponen penalidades a la empresa (...), como empresa adjudicataria del contrato anteriormente referido.

b) Informes de seguimiento del contrato emitidos por el supervisor del contrato, la Dirección General de Protección de la Infancia y Familia, la Comisión General de Seguridad y

Vigilancia, la dirección administrativa del contrato, o cualquier otro órgano administrativo encargado de la seguridad y vigilancia del contrato, que acrediten los requerimientos realizados a la empresa (...) para el cumplimiento de obligaciones asumidas en el contrato, en el pliego de cláusulas administrativas particulares o prescripciones técnicas y el seguimiento realizado para comprobar si se reconduce o no su cumplimiento.

c) Relación de las incidencias negativas que el incumplimiento del contrato, pliego de cláusulas administrativas particulares o pliego de prescripciones técnicas ha producido en la ejecución del contrato.

2. Suspender el plazo de emisión del dictamen solicitado por 15 días, que podrá ser ampliado de conformidad con lo dispuesto en el art. 53 del citado Reglamento, a los efectos de cumplimentar el antedicho trámite, que deberá realizarse con la mayor celeridad posible».

1.12. Finalmente, el 7 de octubre de 2019 tiene entrada en el Consejo Consultivo la documentación requerida.

2. La normativa aplicable al procedimiento de resolución contractual viene dada por la existente en el momento de su iniciación, de acuerdo con lo dispuesto en la DT1ª LCSP y DT3ª LPACAP (en este sentido, dictámenes 403/09, de 15 de diciembre, 380/10, de 10 de noviembre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid).

El 24 de mayo de 2019 la Dirección General de Protección de la Infancia y Familia propone iniciar el procedimiento para resolver el contrato, lo cual se acuerda por Orden de la Consejera el 31 de mayo de 2019. En ese momento está en vigor la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

El art. 212 LCSP, remite en cuanto al procedimiento de resolución contractual al desarrollo reglamentario, si bien establece un plazo de ocho meses para la instrucción y resolución del expediente, señalando el art. 109 del RGLCAP el procedimiento a seguir.

No ha transcurrido el plazo máximo de ocho meses que, para instruir y resolver los procedimientos de resolución contractual, establece el art. 212.8 LCSP, plazo que vence el 29 de febrero de 2020, al no computarse el mes de agosto, inhábil para este Consejo. El transcurso del plazo máximo determinaría, en caso de producirse, la caducidad del procedimiento (STS de 9 de septiembre de 2009).

3. Respecto de la tramitación procedimental, si bien constan los trámites legalmente exigibles, en cuanto a la suspensión del procedimiento acordada debemos recordar lo ya señalado en múltiples dictámenes, por todos, el Dictamen 316/2015, en el que se indicaba:

«La doctrina de este Consejo ha venido siendo clara y precisa en el extremo de no avalar la suspensión del plazo de duración durante el transcurso de tiempo previsto para la emisión del correspondiente dictamen, con la consecuencia de considerar caducado el procedimiento tramitado, con la excepción del cómputo del mes de agosto y sus efectos, como anteriormente se manifestó.

No obstante, tal regla general se puede modular “por razones de eficacia y economía”, y asumir la procedencia de la suspensión prevista en el art. 42.5.c) LRJAP-PAC en aras a los principios constitucionales de seguridad y responsabilidad, siempre que por parte de la Administración correspondiente solicitante del dictamen se cumplan los siguientes presupuestos, requisitos y condiciones:

- Que la suspensión no se aplique de forma automática y se acuerde de manera expresa.
- Que la suspensión se motive debidamente y que la instrucción haya sido diligente.
- Que la suspensión se notifique fehacientemente a los interesados antes del vencimiento del plazo para la resolución del procedimiento».

Sin embargo, como hemos señalado, entre otros, en nuestros Dictámenes 304/2018, de 29 de junio y 550/2018, de 4 de diciembre y 262/2019, de 4 de julio, esta doctrina, tras la entrada en vigor de la LPACAP, se ha matizado en el sentido que no cabe suspensión del plazo de caducidad, que se aplica *ope legis*. Por este motivo, este Consejo ha de recordar lo ya señalado, entre otros dictámenes recientes, lo mantenido en los Dictámenes 410/2017, de 7 de noviembre, y 256/2018, de 1 de junio, en los que se indicaba lo siguiente: «(...) en relación con el plazo de resolución de los procedimientos, en este caso, de resolución contractual, es reiterada la doctrina de este Organismo que, al tratarse de un plazo de caducidad, no cabe su suspensión, tal y como se ha ratificado recientemente -tras la entrada en vigor de la LPACAP, que modificó el plazo de caducidad en otros procedimientos por acuerdo del Pleno de este Consejo Consultivo en sesión celebrada el 30 de octubre de 2017. Por ello, el transcurso del plazo legalmente establecido -tres meses- producirá el señalado efecto, con la consiguiente necesidad de proceder a la declaración de caducidad y la adopción, en su caso, de un nuevo acuerdo de inicio del procedimiento revisor. Solo cabe suspender o ampliar el plazo para resolver por causas tasadas que, además, han de interpretarse restrictivamente en su aplicación, sin poderse interferir u obviar el control jurisdiccional (...)».

No procede además, confundir el dictamen del Consejo Consultivo con un informe, incluido el que eventualmente deba emitir el Servicio Jurídico de la Administración actuante ni, desde luego, con los informes que procede emitir en fase

de instrucción del procedimiento a los fines que le son propios (DCCC 304/2013, 363/2013, 389/2013, 427/2013 y 151/2014, 139/2015, 316/2015 entre otros), determinantes del contenido de la resolución, pues este Consejo dictamina justamente la propuesta y a tales efectos, el Consejo Consultivo no es «Administración activa», condición a la que se anuda la efectividad del precepto invocado.

Por lo expuesto, la suspensión acordada no resulta acorde con el Ordenamiento jurídico; debe pues, considerarse, que se suspendió indebidamente el procedimiento resolutorio tramitado y, en consecuencia, continúa transcurriendo el plazo de ocho meses previsto en el art. 212.8 LCSP en los términos expuestos en el apartado anterior de este Dictamen.

IV

1. La Propuesta de Resolución (borrador de Orden) acuerda resolver el contrato que nos ocupa por incumplimiento culpable imputable al contratista, por las causas y en los términos señalados en el fundamento de derecho séptimo del referido borrador de Orden. Según el citado fundamento los incumplimientos que se les imputan son los mismos que mes tras mes se les refleja en el inicio del correspondiente expediente de penalidades de cada mes de ejecución del contrato y que en el supuesto de la resolución del contrato se corresponden a los siguientes incumplimientos relativos al mes de mayo:

A. Incumplimiento de lo previsto en la Cláusula 2.4 del Pliego de Prescripciones Técnicas en relación a La previsión de la Administración fue de 9.176 horas; mientras la empresa realizó 9.144,23 horas y a turnos de 8 horas.

Asimismo, no se cumple con el Descanso entre turnos ni se respeta el descanso semanal.

B. Incumplimiento de lo previsto en la Cláusula 3.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas, en relación al Jefe de seguridad pues se ha solicitado su identidad a la empresa sin obtener respuesta.

C. Incumplimiento de lo previsto en la Cláusula 5.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas, en tanto que la empresa no ha convocado a su personal para la formación anual del PAEM y no consta que las nuevas incorporaciones estén siendo formadas en PASV.

D. Incumplimiento de lo previsto en la Cláusula 5.7 del Pliego de Prescripciones Técnicas, pues el personal no aplica el sistema de fases de intervención recogido en el PASV.

E. Incumplimiento de lo previsto en la Cláusula 5.9 del Pliego de Prescripciones Técnicas, en relación al uso de medios de contención RD 1774/2004 y tramitación equipos de protección DGP. Recibida respuesta afirmativa de la Policía Nacional a solicitud de la empresa para la dotación de equipamiento antidisturbios, cursada en 18.09.2018 y respondida en fecha 01.10.2018. La solicitud tiene error en el tipo de chalecos, se ha solicitado corrección a la empresa sin recibir respuesta. También se ha solicitado que suministren los escudos sin recibir respuesta.

F. Incumplimiento de lo previsto en la Cláusula 5.11 del Pliego de Prescripciones Técnicas, en cuanto al Conocimiento PASV, PAEM, PEC (1 mes desde inicio contrato y 2 semanas nuevas incorporaciones). La empresa no ha convocado a su personal para la formación anual del PAEM y no consta que las nuevas incorporaciones estén siendo formadas en PASV.

G. Incumplimiento de lo previsto en la Cláusula 5.13 del Pliego de Prescripciones Técnicas, con respecto al Plan de formación (15 días desde inicio contrato y 6 meses para la ejecución). La empresa ha aportado certificado, a la espera de su modificación para que contenga relación nominal de asistentes. No consta que se haya impartido la formación para las nuevas incorporaciones que se han realizado tras impartición de la formación contenida en el Plan, para lo que la empresa dispone de 2 meses.

H. Incumplimiento de lo previsto en la Cláusula 5.14 del Pliego de Prescripciones Técnicas relativa a la formación de los vigilantes en las materias que se enumeran en el citado fundamento.

I. Incumplimiento de lo previsto en la Cláusula 6 del Pliego de Prescripciones Técnicas, relativa a las Obligaciones generales del adjudicatario que se detallan en el citado fundamento.

Asimismo, la Propuesta de Resolución, acuerda la incautación *ad cautelam* de la garantía definitiva constituida por el contratista, para responder de los daños y perjuicios que se determinen.

2. El pliego de cláusulas Administrativas particulares remite, en cuanto a la resolución, a las causas de los arts. 223 y 308 del TRLCSP (cláusula 31).

El art. 223 del TRLCSP remite a las causas de resolución previstas en el contrato.

La cláusula quinta del contrato remite a la cláusula 26 del pliego de cláusulas administrativas particulares, en la que se señala que el cumplimiento defectuoso del objeto del contrato permite al órgano de contratación optar por resolver el contrato con incautación de la garantía constituida o imponer una penalización económica proporcional a la gravedad del incumplimiento. Esta cláusula deriva de lo previsto en el art. 212.7 del TRLCASP.

3. En este caso, tal y como se documenta en el expediente administrativo, la Administración trató de reconducir los incumplimientos realizados reiteradamente en los meses anteriores mediante penalizaciones económicas, mes a mes. Una vez que la Administración constata, en los informes de seguimiento, que el contratista no tiene voluntad de cumplir el contrato en los términos pactados, a pesar de los intentos realizados por la Administración, a través de sus responsables de seguridad, opta por la resolución del contrato.

El proceder de la Administración ha sido correcto, pues ha tratado de reconducir la situación de una manera proporcionada y prudente, a través de penalizaciones económicas. No obstante, una vez que constata que la situación no se corrige y las incidencias negativas que el proceder de la empresa está causando en el servicio, con riesgo para los menores y enorme responsabilidad para la Administración, que debe velar por el correcto funcionamiento de un servicio tan relevante y sensible como es la vigilancia y protección de centros de internamiento educativo para menores infractores, opta por la resolución.

La opción por la penalización mes a mes no le impide optar posteriormente por la resolución, una vez que constata que la empresa no reconduce su actividad para cumplir lo estipulado.

Las aseveraciones de la empresa por la que se señala que la Administración no concreta los incumplimientos no se ajusta a la realidad, en la medida en que el contratista ha tenido acceso a los expedientes de penalidades, en la que se señala con claridad cuáles han sido los incumplimientos y la resolución del contrato es consecuencia, de la falta de efectos de las penalidades económicas para reconducir los mismos incumplimientos del contrato. Queda claro que el contratista ha incumplido el número de horas, los descansos entre turnos y el descanso semanal, no remite el cuadrante mensual, no supe las ausencias en dos horas, la obligación de formación del personal en los términos que se había pactado, el personal no aplica el sistema de fases de intervención recogido en el PASV, no aporta el material necesario

para el desarrollo del servicio (chalecos, linternas y equipos de radio), no ha dado respuesta al requerimiento de identificación del Jefe de Seguridad, no responde a los requerimientos en materia de prevención de riesgos laborales, no ha sustituido los detectores manuales de metales, y todo ello ha repercutido en el servicio prestado, con numerosas incidencias, tal y como se refleja en la página 3518 del expediente administrativo.

4. También carece de fundamento el argumento de la empresa, de que los incumplimientos no se califican como esenciales en el pliego de cláusulas Administrativas particulares, y que por ello no se puede resolver el contrato al amparo del art 223 f) del TRLCSP.

El argumento no puede ser acogido porque el art. 223.h) del TRLCSP, remite como causa de resolución a las expresamente establecidas en el contrato, y el contrato remite a la cláusula 26 del pliego de cláusulas Administrativas particulares en caso de cumplimiento defectuoso, lo que permite a la Administración optar entre la imposición de penalidades o la resolución del contrato. Por ello, no es necesario acudir a la causa genérica del apartado f) del art. 223 del TRLCSP para poder resolver el contrato.

En todo caso, como respuesta al argumento de la empresa, es preciso señalar que una obligación contractual esencial sería aquella que tiende a la determinación y concreción del objeto del contrato de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcance el fin perseguido por el contrato, tal y como se afirma en el Dictamen 212/2014 del Consejo Consultivo de Madrid, al igual que este Consejo Consultivo de Canarias ha señalado, al decir en su Dictamen 243/2019, de 20 de junio, lo siguiente:

«(...) Ahora bien, en el mismo sentido de la Propuesta de Resolución, debe decirse que ha venido señalando el Tribunal Supremo, así, en su STS de 1 de octubre de 1999 que “a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación”, es decir, que lo determinante para dilucidar el carácter esencial de una obligación no es la calificación, en el sentido de “denominación” que se le dé en el contrato, sino su relación determinante con el objeto mismo del contrato. Así resulta, como transcribe la Propuesta de Resolución, que “Por cláusula contractual esencial se ha de entender aquella que tiende a la determinación y concreción del objeto del contrato y por lo tanto derivan del mismo, de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcanzara el fin perseguido por el contrato”».

Así, el Tribunal Supremo ha indicado que la resolución por incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que quede patente una voluntad deliberadamente rebelde a su cumplimiento, conclusión que alcanza por aplicación supletoria del art. 1.124 del Código Civil (CC) y de la doctrina vinculada a la interpretación del mismo, que en resumen responde al designio de que se conserven los contratos válidamente celebrados, debiendo restringirse su resolución limitándola a los supuestos descritos anteriormente (S. de 21/06/1985). No obstante, el Tribunal Supremo ha advertido de una especialidad de la contratación pública frente a la privada, como es que, en la primera, siempre sometida a la idea cardinal de satisfacción del interés público, el ejercicio de la prerrogativa resolutoria es más flexible y abierto que la facultad condicionada, otorgada a los otorgantes de contratos privados, en el art. 1.124 CC (S. de 21/05/1986).

Una obligación no deviene esencial por ser calificada como tal en el pliego y en el contrato, sino que esta debe serlo «ab initio», esto es, debe estar vinculada al objeto del contrato y elementos de un contrato en particular, de manera que constituya un aspecto esencial en el contexto de la relación jurídica entablada entre las partes contratantes (Dictamen del Consejo de Estado n.º 3428/1999, de 18 de mayo de 2000).

La Junta Consultiva de Contratación del Estado ha adoptado una postura formalista (informe 63/2011): «La tipología de cláusula contractual que cualifica el incumplimiento de cualquier obligación como causa de resolución potestativa por parte de la Administración Pública no es admisible, debiendo el órgano de contratación hacer un uso moderado de la disposición legal recogida en el artículo 223 letra h) del TRLCSP, de manera que en el pliego y en el contrato deberá hacerse una enumeración precisa, clara e inequívoca de las obligaciones contractuales cuyo incumplimiento lleve aparejada la sanción de la resolución potestativa y, además, deberá asegurarse de que las obligaciones que se enuncian sin ser esenciales son suficientemente relevantes, de acuerdo con la realidad del contrato, como para justificar la posible resolución del contrato, esto es, no son obligaciones sin trascendencia o nimias».

No obstante, el Consejo de Estado (dictamen 602/2013, de 26 de junio o 352/2015, de 29-04-2015) y los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas han primado la esencialidad de la obligación frente al aspecto puramente formal (Dictamen 24/2015, de 28 de diciembre del Consejo Consultivo de Castilla la Mancha; 35/2014 del Consejo Consultivo de Andalucía o 183/15; 217/15 del Consejo Jurídico de la Región de Murcia y Dictamen 243/2019 del Consejo Consultivo de Canarias).

En este sentido, cabe citar un extracto del Dictamen 24/2015 del Consejo Consultivo de Castilla la Mancha:

«(...) De las causas de resolución, como prerrogativa de la Administración, recogidas en el TRLCSP, debe fijarse la atención en las previstas en el artículo 223, cuyo apartado f) establece como tal “el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales por los pliegos o en el contrato”, y en el apartado h) que se refiere a “Las establecidas expresamente en el contrato”.

Al respecto ha de señalarse que, tanto en el ámbito de la contratación civil como de la administrativa, la jurisprudencia ha advertido que no todo incumplimiento contractual podría dar lugar al derecho de la otra parte a resolver el contrato, distinguiéndose por la jurisprudencia aquellos incumplimientos generadores de la posibilidad de ejercicio del derecho a la extinción del contrato de aquellos otros que no lo conllevan, aun cuando puedan posibilitar la exigencia de indemnización por daños y perjuicios. Tal doctrina es perfectamente aplicable en el ámbito administrativo, de forma que sólo los incumplimientos de obligaciones contractuales esenciales pueden ser generadores del legítimo ejercicio de la potestad de resolución de dichos contratos y ello, como ya hemos señalado, cuando sea esta opción la que más conviene al interés público en liza.

Para la determinación de la trascendencia de los diversos incumplimientos que se produzcan, el Tribunal Supremo ha manifestado reiteradamente (sentencias de 16 de octubre de 1984, Ar. 5655, de 9 de octubre de 1987, Ar. 8324, de 23 de noviembre de 1988, Ar. 9199, entre muchas otras) que ha de prestarse en cada caso atención a las circunstancias concurrentes, con el fin de dilucidar si se está ante un verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos o, por el contrario, más bien ante un mero retraso, desfase o desajuste en modo alguno expresivo de aquella voluntad y, en definitiva, de un efectivo incumplimiento de la esencia de una obligación.

Por lo tanto, en este ámbito no toda irregularidad puede conllevar la habilitación a la Administración Pública para que ejercite su potestad resolutoria, sino sólo aquellos supuestos en los que el servicio deja de prestarse o se presta en condiciones tales que se lesiona el interés público que se pretende satisfacer.

Asimismo, para que proceda la resolución debe añadirse un último requisito que viene siendo exigido por la doctrina jurisprudencial (STS 14 de junio de 2002, RJ 2002,8053; 14 de diciembre de 2001, RJ 2002,1433; 1 de octubre de 1999, RJ 2000,1393) y por la propia doctrina de este Consejo (dictámenes 229/2007 de 5 de diciembre y 120/2008, de 11 de junio) y es que, para que quede legitimada tan drástica consecuencia, el incumplimiento ha de ser relevante, en el sentido de que afecte a la prestación principal del contrato y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación.

(...)

En la referida letra se condicionan los efectos resolutorios del incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales a que sean "calificadas como tales en los pliegos o en el contrato". Ni en el pliego ni en el contrato se califica como esencial la obligación del abono del canon, por lo que de efectuar una interpretación exclusivamente literal, dicho incumplimiento no podría dar lugar a la resolución del contrato. Sin embargo, como dijo el Tribunal Constitucional en su Auto de 8 de noviembre de 2005 (RTC 2005,397 AUTO), "La interpretación literal, según hemos advertido en alguna ocasión, es un mero punto de partida (STC 225/2002, de 9 de diciembre, F.4), imprescindible, sí, pero necesitado de la colaboración de otros criterios hermenéuticos que vengán a corroborar o corregir los resultados de un puro entendimiento literal de las normas según el sentido propio de sus palabras (STC 76/1996, de 30 de abril)". Por su parte, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 21 de noviembre de 1994 (RJ 1994,8542) dijo que "Las normas jurídicas no deben ser interpretadas de manera que conduzcan a soluciones que no se adaptan al contenido y filosofía que inspira el Cuerpo Legal en el que están insertas o las mismas lleguen a ser absurdas o inoperantes", pues como dijo posteriormente en sentencia de 9 de junio de 2006 (RJ 2006,2381), "La interpretación de la Ley es la averiguación y comprensión del sentido y alcance de la norma y los elementos son los medios que se utilizan para la misma".

(...)

Además de lo anterior, ha de tenerse en cuenta que la causa de resolución tipificada en el artículo 223.f) tiene su precedente en el artículo 111.g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que también tipificaba como causa de resolución "el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales", pero sin exigir, como hace la norma actual, que en el pliego o en el contrato se hayan calificado como tales. Es de reseñar que aunque sea conveniente que en los propios pliegos o contratos se contenga una calificación de sus cláusulas, puesto que son los instrumentos en los que las partes determinan aquello a lo que se obligan, esta nueva exigencia, introducida por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, no debe interpretarse en el sentido de que de no hacerse así resulte imposible resolver un contrato por el incumplimiento de sus cláusulas esenciales, puesto que lo realmente determinante es su carácter o no como tales. De lo contrario, en casos como el presente en los que no se determina expresamente qué obligaciones son esenciales, habría que extraer la consecuencia de que no cabría en ningún caso la resolución por este motivo, lo cual sería absurdo».

5. En el presente caso, los incumplimientos se pueden reputar en su conjunto esenciales, en cuanto tienen vinculación con el objeto del contrato y han tenido incidencia negativa en la prestación del servicio, poniendo en peligro los fines que la Administración tiene que cumplir con los menores y generando asimismo riesgo para

éstos. Asimismo, la Administración antes de acudir a la resolución del contrato ha tratado de reconducir los incumplimientos del contrato mediante penalidades económicas, existiendo resistencia al cumplimiento por parte de la empresa.

6. Los efectos del contrato, se rigen por el art. 225 del TRLCSP, y por la cláusula 31 del pliego de cláusulas administrativas particulares. El art. 225.3 TRLCSP prevé que cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados, añadiendo que la indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que en su caso se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada. En el apartado 4 del mismo artículo se 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. Y así lo hace la Propuesta de Resolución que dispone la incautación de la garantía definitiva constituida por importe de 168.901,01 euros.

El art. 113 RGLCAP dispone que en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar 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.

Al respecto, la doctrina mayoritaria considera que la incautación de la garantía se habrá de limitar al importe correspondiente a los daños y perjuicios causados. En este sentido, en el Dictamen 352/2013 del Consejo de Estado se expresa:

«Frente a lo dispuesto en el artículo 113.4 del derogado texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la que se preveía la incautación de la garantía definitiva como un efecto asociado automáticamente a la resolución contractual por incumplimiento de la contratista, el artículo 208.3 de la Ley 30/2007 circunscribe las consecuencias de ese tipo de resolución a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, la cual ha de hacerse primero efectiva sobre la garantía constituida, subsistiendo la responsabilidad contractual en lo que exceda de su importe. Al contrario, ello supone que, de ser superior el importe de la fianza al de los daños y perjuicios cuantificados, la Incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma remanente tras hacerse efectiva la correspondiente indemnización».

No obstante, este Consejo Consultivo, ha mantenido de forma constante (por todos, los Dictámenes 6/2015, de 13 de enero, 196/2015, de 21 de mayo, 375/2015,

de 8 de octubre, y 261/2016, de 5 de septiembre) que en aquellos casos en los que se declara el incumplimiento culpable del contratista procede la incautación de la garantía definitiva prestada, sin perjuicio de que si el importe de los daños y perjuicios causados superan el montante de esta garantía, se tramite el oportuno procedimiento contradictorio para su determinación. En caso contrario, en la liquidación del contrato habrá de devolverse la cantidad que exceda de la garantía incautada sobre el citado importe de los daños y perjuicios causados.

7. En definitiva, la resolución del contrato está correctamente motivada en el incumplimiento culpable del contratista en todos los extremos señalados, al no ejecutar la prestación en los términos pactados en el contrato junto con sus Pliegos de Condiciones Administrativas, Particulares y Técnicas, como ha podido acreditarse.

De todo lo expuesto se desprende, por un lado, el incumplimiento contractual por parte de la contrata, y, por otra parte, su carácter culpable, por lo que resulta conforme a Derecho la Propuesta de Resolución, en cuanto a la resolución del contrato y sus efectos.

Asimismo, procede la incautación de la garantía y la eventual indemnización de daños y perjuicios establecida en el art. 225.3 y 4 TRLCSP para el caso de incumplimiento culpable del contratista, debiendo tramitarse en pieza separada la determinación de los daños y perjuicios, en la que debe concederse nueva audiencia al contratista, como establece el art. 113 del RGLCAP.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, en forma de borrador de Orden, para resolver el contrato del servicio de vigilancia y protección en el Centro de internamiento educativo para menores infractores de Canarias, La Montañeta, adjudicado a la empresa (...), el 8 de septiembre de 2017, se considera ajustada a Derecho.