



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 457/2019

(Sección 2ª)

La Laguna, a 5 de diciembre de 2019.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad el Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de resolución del procedimiento administrativo de resolución del contrato suscrito entre la Dirección General de Recursos Humanos y la empresa (...), para la prestación del servicio de limpieza correspondiente al Lote I Complejo Hospitalario Universitario de Canarias y Lote 12 Gerencia de Atención Primaria de Tenerife (EXP. 454/2019 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Mediante escrito de 26 de noviembre de 2019 (registro de entrada el 27 siguiente), la Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias interesa de este Consejo Consultivo dictamen preceptivo en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato suscrito con la empresa (...), para la prestación del Servicio de Limpieza, lotes 1 y 12, Hospital Universitario de Canarias y Gerencia de Atención Primaria de Tenerife, por incumplimiento sistemático del compromiso de adscripción a la ejecución de dicho contrato de los medios personales y materiales ofertados por la citada empresa, causando un perjuicio a la actividad asistencial que prestan las gerencias sanitarias y al interés público.

2. La legitimación para la solicitud de dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del 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, en relación con el art. 211.3.a) del 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) ya que, de acuerdo con la disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) por la que se transponen al

* Ponente: Sra. de León Marrero.

ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, los expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior.

También es aplicable al procedimiento el 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.

Asimismo, es aplicable el Decreto 32/1995, de 24 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, mediante el que se estima competente para resolver el contrato la Dirección General de Recursos Económicos como órgano de contratación.

3. En lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, al haberse iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, el plazo para resolver el expediente será de ocho meses, en virtud de lo dispuesto en el art. 212.8 LCSP, según resulta de su Disposición Transitoria Primera, apartado segundo. El transcurso del plazo máximo determinaría, en caso de producirse, la caducidad del procedimiento (STS de 9 de septiembre de 2009). No obstante, al no haber transcurrido dicho plazo máximo de ocho meses que, para instruir y resolver los procedimientos de resolución contractual establece el citado art. 212.8 LCSP, el mismo no ha caducado, pues se inició el 19 de septiembre de 2019.

4. Este Consejo ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este asunto -sin entrar en el fondo de la cuestión- en el Dictamen 394/2019, de 7 de noviembre, en el que declaramos que no se había dado audiencia al avalista o asegurador del contratista, que es parte del procedimiento al basarse la resolución contractual en el incumplimiento culpable del contratista. En consecuencia, tras la retroacción del procedimiento y la observancia de tal trámite y, en su caso, a la vista de las alegaciones, se debía elaborar nueva Propuesta de Resolución y remitirse junto con la totalidad del expediente para la emisión del preceptivo dictamen.

Habiéndose cumplido tales trámites, según se desprende de la documentación remitida a este Consejo, nada impide un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

II

Del expediente remitido a este Consejo destacamos los antecedentes siguientes:

Con fecha 20 de abril de 2015, la Dirección General de Recursos Económicos como órgano de contratación y la empresa (...), suscribieron contrato administrativo para la prestación del servicio de limpieza correspondiente a los lotes 1 y 12, Hospital Universitario de Canarias y Gerencia de Atención Primaria de Tenerife, respectivamente, por un plazo inicial de duración de tres años, a contar desde el plazo de vencimiento del contrato que cada gerencia tenía en vigor en el momento de la contratación.

El plazo de duración de dicho contrato fue prorrogado para dichas Gerencias hasta el 31 de mayo de 2020, según resoluciones de la Dirección General de Recursos Económicos para el lote 1, Hospital Universitario de Canarias, n.º 873/2018 de 24 de mayo y para el lote 12, Gerencia de Atención Primaria de Tenerife, n.º 2422/2017 de 14 de diciembre, habiéndose suscrito las correspondientes adendas al contrato inicial con fechas 28 de mayo de 2018 y el 18 de diciembre de 2017, respectivamente.

La Gerencia de Atención Primaria de Tenerife ha informado sobre la ejecución del contrato que se ha realizado con normalidad hasta el ejercicio 2017, año en el que empezaron a producirse atrasos en el abono de las nóminas de los trabajadores. Pero fue en diciembre de 2017, tras impagos de varias nóminas, cuando se convocó una huelga por los trabajadores, proponiendo la empresa contratista un plan de pagos y desconvocándose la huelga, continuando la prestación del servicio con normalidad. A finales del año 2018 vuelven a producirse nuevos atrasos en los abonos de las retribuciones y se producen nuevas convocatorias de huelgas que se iban revocando a medida que se iba pagando. Según informe de la citada Gerencia, la repercusión en la ejecución del servicio no había sido relevante hasta agosto de 2019, momento en que se empiezan a detectar carencias importantes en la prestación del servicio en algunos centros, con deterioro en las condiciones de algunas consultas que podía provocar el cierre de éstas por no reunir las condiciones mínimas.

Por lo que respecta al Complejo Hospitalario Universitario de Canarias, ha informado al órgano de contratación, de la situación de precariedad de varios Centros de atención especializada dependiente de aquél a partir de julio de 2019, debido a la ausencia de operarios de limpieza, generando todo ello graves problemas para el desarrollo de la actividad asistencial.

Tanto la Gerencia de Atención Primaria de Tenerife como el Complejo Hospitalario Universitario de Canarias se han reunido en varias ocasiones con

representantes de la empresa (...), a fin de buscar una solución a la grave situación planteada en la prestación del servicio de limpieza, solicitándoles un plan de contingencia, habiéndole comunicado los representantes de la empresa que *«no tienen una solución inmediata para solucionar el problema ni estimación del tiempo para proceder al pago de las nóminas atrasadas»*.

En aplicación de lo previsto en los pliegos que rigen la presente contratación en lo relativo al absentismo laboral, tanto la Gerencia de Atención Primaria de Tenerife como el Complejo Hospitalario Universitario de Canarias han estado descontando de las facturas de agosto y septiembre de 2019 las horas no trabajadas así como las indemnizaciones que debido al absentismo laboral correspondía, equivalentes al triple del valor de las horas no trabajadas, no teniendo dichos conceptos naturaleza de penalización.

En fecha 23 de septiembre de 2019 se convocó una huelga indefinida por parte de los trabajadores de ambas Gerencias, lo que motivó la Resolución de la Directora del Servicio Canario de la Salud n.º 2162/2019 de 24 de septiembre de 2019 de declaración de emergencia, toda vez que no se cumplían los servicios mínimos.

III

Por lo que se refiere a la tramitación del procedimiento de resolución contractual, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 26.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la contratación, se dictó la resolución de la Dirección General de Recursos Económicos n.º 1668/2019 de 19 de septiembre de 2019, por la que se inició el expediente para la resolución del contrato suscrito el 20 de abril de 2015.

En fecha 20 de septiembre de 2019 se notificó a la empresa (...), la resolución sobre el inicio de la resolución contractual citada anteriormente, acompañada de los informes, actas y demás documentación. Se concedió el preceptivo trámite de audiencia por plazo de 10 días naturales para que la empresa realizara cuantas alegaciones considerara oportunas, plazo que venció el 30 de septiembre.

Con fecha 3 de octubre de 2019, fuera del plazo conferido para ello, se recibe escrito de la empresa (...), de fecha 2 de octubre, en el que manifiesta su oposición a la resolución del contrato. No obstante, el escrito de alegaciones ha sido admitido a trámite por la instrucción del procedimiento.

Con fecha 15 de octubre de 2019, por el Servicio Jurídico se emite informe que concluye en la existencia de causa legal para resolver.

Se dicta la primera Propuesta de Resolución, mediante la que se establece resolver el señalado contrato con incautación de garantía que asciende a 522.043,31 euros.

Con posterioridad a la emisión del Dictamen 394/2019, de 7 de noviembre, antes referido, se concedió trámite de audiencia a la empresa avalista «WR Berkley» el 8 de noviembre de 2019, que presentó alegaciones en las que viene a reproducir lo alegado por la contratista.

Se emite nuevo Informe del Servicio Jurídico de fecha 26 de noviembre de 2019.

Y se dicta nueva Propuesta de Resolución por la que se resuelve el contrato y se incauta la garantía, que ha sido modificada en los siguientes puntos:

Corrección del apartado sexto de los antecedentes de hecho de La Propuesta de resolución una vez advertido error, dado que el órgano de contratación no ha aplicado la retención en concepto de indemnización por daños y perjuicios. Dicha indemnización, relativa al absentismo laboral, viene regulada en la cláusula 3.6 del pliego de prescripciones técnicas que rigen la presente licitación.

Inclusión de la cláusula 24 en el fundamento de derecho primero, en el que se recoge el pago previa conformidad de la factura, es decir, el pago basado en los servicios efectivamente realizados.

IV

1. La Propuesta de Resolución acuerda resolver el contrato que nos ocupa por incumplimiento culpable imputable al contratista, por las causas y en los términos señalados en la Resolución.

En el presente supuesto, queda acreditado en el expediente, a través de las distintas actas de no conformidad e informes incorporados al mismo, el incumplimiento sistemático por parte del contratista en sus obligaciones, ya sea por la inasistencia debida del personal, con turnos de trabajo con un inferior grupo de trabajadores a los recogidos en el Plan de Distribución y Organización de los Recursos Humanos, ya sea por deficiencias en la prestación de los servicios (suciedad, falta de material, defectos en la recogida de basuras, defectos en la uniformidad de los trabajadores, quejas de los pacientes, etc.). Tales situaciones ya se venían repitiendo en el tiempo desde el mes de diciembre de 2017, si bien fue el pasado mes de agosto cuando la situación se hizo insostenible.

Como consecuencia de ello, se producen diversas reuniones entre los representantes del Complejo Hospitalario Universitario de Canarias y de la empresa en aras a buscar una posible solución al problema (actas de fechas 11 y 16 de septiembre). En dichas reuniones, por los representantes de la Administración se hace entrega al responsable de la empresa de copia de las incidencias que se han producido en prácticamente todos los Centros de atención especializada así como en el Hospital del Norte, dejando constancia de la grave situación generada, entre otras cuestiones, por la falta de personal de limpieza que la empresa está obligada a sustituir. Por el representante de la empresa se pone de manifiesto que los trabajadores de la empresa llevan varios meses sin cobrar la nómina, que se le ha producido un aumento de las bajas no siendo posible cubrir las mismas, ni otros conceptos de permisos reglamentarios, que no existe solución, que los problemas irán en aumento y que, debido a la falta del personal de limpieza, no van a poder cumplir con lo establecido en cuanto a horas de limpieza diarias en determinados centros de trabajo, situación que se prevé que empeore en la próximas fechas afectando al resto de centros.

2. Por su parte, en informe de fecha 17 de septiembre de 2019, la Gerencia de Atención Primaria advierte a la Dirección General de Recursos Económicos del Servicio Canario de Salud lo que se transcribe:

«Desde la mitad del mes de agosto la situación del estado de la limpieza se ha ido agravando progresivamente en los centros dependientes de esta gerencia debido a las ausencias por Incapacidad Temporal o vacaciones. Situaciones que no han sido cubiertas por parte de Ralons Servicios. Esto ha ido provocando situaciones de insalubridad de manera creciente que han ido, al principio, provocando cierres puntuales de consultas de enfermería, odontología, salas de curas con los consiguientes cierres de agendas y desplazamiento de citas de pacientes.

Este absentismo laboral repercute negativamente en la prestación del servicio tal y como se constata en las diversas Actas del Informe sobre higiene y saneamiento (realizada con la presencia del coordinador y supervisor de zona de RALONS Servicios y la dirección de la Zona Básica de Salud así como el subdirector de gestión de esta gerencia).

Con la entrada del mes de septiembre la situación se ha agravado y aumentando el número de consultas cerradas, así como de baños, públicos y de personal, acumulándose gran cantidad de bolsas de basura en salas de espera y en espacios no adecuados para ello, lo que conlleva malos olores e insalubridad general lo que ha obligado al cierre, a día de hoy, de los centros de Tegueste y CS de Villa de Arico. Al mismo tiempo se encuentran en situación crítica (esto significa que están próximos al cierre si no se actúa sobre los mismos) en los siguientes centros:

- C. S. GÜIMAR
- C. S. AÑAZA
- C. S. CHIMICHE
- C. S. SAN ISIDRO.
- C. S. ARONA CASCO
- C. S. CABO BLANCO
- C. S. ARMEÑIME
- C. S. PLAYA SAN JUAN
- C, S. TAMAIMO
- C. S. SANTIAGO DEL TEIDE
- C. S. TACO
- C. S. ANAGA
- C. S. VALLE GUERRA
- C. S. OFRA (EL FIN DE SEMANA SI ESTA CUBIERTO)
- C. S. TEJINA (EL FIN DE SEMANA SI ESTA CUBIERTO)
- C. S. SAN JOSÉ
- C. S. ICOD DE LOS VINOS
- C. S. LA CRUZ SANTA
- C. S. SAN ANTONIO
- C. S. CHASNA
- C. S. CASCO BOTÁNICO
- C. S. SANTA ÚRSULA
- C. S. LA VICTORIA
- C. S. LA MATANZA
- C. S. EL SAUZAL

El cierre de los centros supone el cierre de agendas o el traslado de los profesionales a otros edificios de la zona básica que se encuentren en mejor estado. También existe el riesgo, que todavía no se ha producido, del cierre de puntos de urgencias con lo que supone para la atención de la población».

Toda esta situación se vio agravada por la convocatoria de una huelga indefinida por parte de los trabajadores a partir del día 23 de septiembre, lo que motivó que se dictara Resolución por la Directora del Servicio Canario de la Salud, en fecha 24 de septiembre, de declaración de emergencia de la contratación para llevar a cabo las labores necesarias para el restablecimiento del servicio.

3. El pliego de cláusulas Administrativas particulares remite, en cuanto a la resolución, a las causas de los arts. 223 y 308 TRLCSP (cláusula 31.1). El art. 223 TRLCSP remite a su vez a las causas de resolución previstas en el contrato.

La cláusula 5 del contrato reenvía, entre otras, a la cláusula 26 del pliego de cláusulas Administrativas particulares que prevé que en el caso de que el contratista realizara defectuosamente el objeto del contrato o incumpliera el compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales y/o materiales detallados en su oferta, incumpliera el compromiso de contratar y adscribir a la ejecución del contrato los demandantes de empleo a que se refiere la cláusula 22.6 o no cumpliera con el Plan de Distribución y Organización de los Recursos Humanos propuesto en la licitación, el órgano de contratación podrá optar por resolver el contrato con incautación de la garantía constituida, o bien imponer una penalización económica proporcional a la gravedad del incumplimiento, en una cuantía que podrá alcanzar el 10 por 100 del precio del contrato. Esta cláusula deriva de lo previsto en el art. 212 TRLCSP.

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 los procedimientos previstos en el propio pliego: Actas de disconformidad, reuniones conjuntas e inspecciones sanitarias. Una vez que la Administración acredita, 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, 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. 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 la asistencia sanitaria y en consecuencia para el interés público, opta por la resolución.

4. Este Consejo coincide en que las alegaciones de la empresa adjudicataria no pueden ser tenidas en cuenta: De una parte, alega que se ha optado por la medida

más radical sin esperar el plazo de un mes y que se desconoce con qué representante se han mantenido las reuniones. La Propuesta de Resolución (si bien en los Antecedentes de Hecho) expone -y así se ha constatado por este Consejo, no pudiendo citar página por no estar foliado el expediente- que en las actas de las reuniones incorporadas al expediente y remitidas a la citada empresa figuran los nombres de los mismos, manifestando dichos representantes en varias reuniones que desconocían cuándo iban a pagarse los salarios atrasados, las serias dificultades que estaban encontrando en sustituir a los trabajadores que se encontraban de baja por incapacidad temporal o por vacaciones, precisamente por la falta de cumplimiento de dicha empresa en sus obligaciones de pago de los salarios a los trabajadores, admitiendo que no eran capaces de presentar un plan de contingencia que solucionase la gravísima situación existente.

De otra parte, alega la empresa que se ha producido una duplicidad por cuanto se ha optado por aplicar penalizaciones previas a la resolución del contrato, entendiendo la empresa que *«no resulta admisible acumular ambas posibilidades y ejercerlas simultáneamente»*. Pero lo cierto es que, si bien en la primera Propuesta de Resolución existe una referencia a penalizaciones previas, tal circunstancia es errónea y se ha suprimido de la Propuesta -aunque esta debe contestar expresamente a esta alegación tanto del contratista como del avalista- puesto que el órgano de contratación no ha aplicado penalidades ni retención en concepto de indemnización por daños y perjuicios, sino que se trata de las indemnizaciones relativas al absentismo laboral, contempladas en la cláusula 3.6 del pliego de prescripciones técnicas que rigen la presente licitación.

5. En cuanto al carácter esencial de los incumplimientos, ha de traerse a colación el reciente Dictamen 374/2019 de este Consejo Consultivo, en el que con cita de otros anteriores, se señala:

«(...) 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”».

(...)

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 art. 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.

(...)

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».

6. En el presente caso, los incumplimientos, debidamente justificados en el expediente, se pueden reputar en su conjunto esenciales, en cuanto está acreditado, a través de las distintas actas de no conformidad e informes incorporados al mismo, que 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 usuarios del servicio público sanitario.

Pero, a mayor abundamiento, según la cláusula 22.6 de los Pliegos de Condiciones Administrativas Particulares la efectiva contratación y adscripción de dicho personal a la ejecución del contrato se considera obligación esencial a los efectos de la resolución contractual prevista en el art. 223.t) TRLCSP y en la cláusula 26 del mismo pliego, por lo que hay que concluir que concurre causa de resolución por incumplimiento culpable del contratista.

V

Los efectos del contrato se rigen por el art. 225 del TRLCSP, que 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 522.045,31 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 art. 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 art. 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 se basa en la acreditación de incumplimientos por parte del contratista de obligaciones esenciales, al no ejecutar la prestación en los términos pactados en el contrato junto con sus Pliegos de Condiciones Administrativas, Particulares y Técnicas, por lo que nos encontramos en presencia de un incumplimiento culpable del contratista.

Asimismo, procede la incautación de la garantía para responder de 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 RGLCAP.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, que resuelve el contrato que rige la prestación del Servicio de Limpieza de los Centros Sanitarios y Dependencias Administrativas del Servicio Canario de Salud, lotes 1 y 12, Hospital Universitario de Canarias y Gerencia de Atención Primaria de Tenerife, por incumplimiento culpable del contratista e incauta la garantía definitiva con la que responder por dicho incumplimiento, se considera ajustada a Derecho.