



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 20 de mayo de 2021.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la ***Propuesta de resolución del procedimiento administrativo de resolución del contrato administrativo para la gestión integral de la comunicación digital de la plataforma Web, Redes Sociales y Whatsapp 2019/21 del Servicio Administrativo de Deportes, suscrito con la empresa (...) (EXP. 278/2021 CA)*.***

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife, es la Propuesta de Resolución por la que se propone la resolución por incumplimiento del contrato administrativo de servicios «Para la gestión integral de la comunicación digital de la plataforma Web, Redes Sociales y Whatsapp 2019/21» adjudicado a la empresa (...).

2. La legitimidad para solicitarlo, el carácter preceptivo y la competencia del Consejo para la emisión del Dictamen 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. 191.1, letra a), 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 virtud de lo establecido en el apartado tercero de su Disposición Transitoria Primera.

3. La competencia para resolver el presente expediente de resolución contractual le corresponde al órgano de contratación (art. 212.1 LCSP). En el caso

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

concreto analizado, tal órgano es el Consejo de Gobierno Insular, según se desprende del expediente administrativo remitido a este Consejo.

4. No ha transcurrido el plazo de ocho meses previsto en el art. 212.8 LCSP, por lo que el procedimiento de resolución contractual no ha caducado al haberse iniciado el de 2 de octubre de 2020.

5. Este Consejo ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este procedimiento de resolución contractual (exp. 534/2020 CA) en el Dictamen 15/2021, de 21 de enero, en el que se concluía que la Propuesta de Resolución no se consideraba ajustada a Derecho, ya que se había obviado dar el trámite de audiencia al interesado, por lo que procedía la retroacción del procedimiento con la finalidad de dar cumplimiento a tal trámite y así evitarle indefensión.

Evacuada la audiencia y elaborada una nueva Propuesta de Resolución a la vista de las alegaciones realizadas por la contratista, nada impide que este Consejo se pronuncie sobre el fondo de la cuestión planteada.

II

Los antecedentes relevantes en este caso son los siguientes:

- Con fecha 26 de noviembre de 2019 se acuerda, por el Consejo de Gobierno Insular la aprobación del expediente de contratación para la adjudicación del contrato administrativo de servicios *«Para la gestión integral de la comunicación digital de la plataforma Web, Redes Sociales y Whatsapp 2019/21»*, de tramitación ordinaria mediante procedimiento abierto simplificado con varios criterios de adjudicación. Se autoriza además el correspondiente gasto plurianual, se aprueban los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares y se autoriza la apertura del procedimiento de licitación mediante la publicación del anuncio de licitación en el perfil del contratante del Cabildo de Tenerife.

- Tramitado el expediente de contratación, mediante reuniones de la mesa de contratación de fechas 29 de enero, 6 y 23 de febrero de 2020, y una vez presentada por el licitador mejor valorado la documentación señalada en la cláusula 15 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación, se emite propuesta de adjudicación que se eleva al Consejo de Gobierno Insular de fecha 10 de marzo de 2020, el cual acuerda:

«PRIMERO.- Ratificar todas las actuaciones y acuerdos adoptados por la mesa de contratación en el presente expediente.

SEGUNDO.- Declarar el siguiente orden decreciente de las ofertas presentadas y admitidas a la licitación:

Orden: 1 CIF: (...) Propuesto para la adjudicación.

(...)

TERCERO.- Autorizar la constitución de la garantía definitiva, por importe de 2.649,95€ mediante la retención en el precio de la/s primera/s factura/s a abonar a la empresa contratista.

CUARTO.- Adjudicar el contrato de servicios para la Gestión Integral de la Comunicación Digital de la Plataforma web, Redes Sociales y Wathsapp, del Servicio de Deportes, a la empresa (...), con C.I.F. (...), por un precio de adjudicación de 52.999€, más un 7% de IGIC (3.709,93€), lo que totaliza cincuenta y seis mil setecientos ocho euros con noventa y tres céntimos (56.708,93€).

QUINTO.- Disponer a favor de la empresa adjudicataria ((...), con C.I.F. (...)) la cantidad de cincuenta y seis mil quinientos noventa y ocho euros con veintisiete céntimos (56.598,27€), conforme al siguiente detalle, y anular el crédito restante correspondiente a 2020:

SEXTO.- Autorizar y disponer a favor de la empresa adjudicataria ((...), con C.I.F. (...)) la cantidad de ciento diez euros con sesenta y siete céntimos 110,67€».

- Suscrito el contrato administrativo en fecha 19 de marzo de 2020, se inicia la ejecución del mismo.

- Con fecha de 20 de marzo de 2020, una vez declarado el estado de alarma en España por causa del COVID-19, por la empresa adjudicataria se presenta escrito del siguiente tenor:

«Habiendo formalizado en fecha 19 de marzo de 2020 el contrato de servicios para la Gestión Integral de la Comunicación Digital del Servicio de Deportes del Excmo. Cabildo Insular de Tenerife, por medio de la presente se manifiesta la conformidad de esta empresa a que no se suspenda el plazo del contrato más arriba indicado, toda vez que los servicios comprendidos en el objeto del mismo deben seguir prestándose durante la situación de estado de alarma actualmente vigente».

- Con fecha 26 de junio de 2020, por el representante de la empresa adjudicataria se presenta escrito por el que expone que *«debido a las circunstancias generadas en la empresa que dirijo a causa de la pandemia mundial por la Covid-19, me veo en la obligación de trasladarles que nos va a ser imposible continuar con este contrato, por lo que solicito la resolución del mismo, por mutuo acuerdo, de manera urgente, así como la devolución de la garantía constituida para dicho contrato».*

- Con fecha 1 de julio de 2020, mediante Resolución núm. R0000008957 de la Directora Insular de Deportes, se resuelve:

«Primero.- Incoar expediente de resolución por mutuo acuerdo del contrato administrativo de servicios para la Gestión Digital Integral, Redes Sociales y Whatsapp adjudicado a la empresa (...) (CIF: (...)) mediante acuerdo del Consejo de Gobierno Insular de 10 de marzo de 2020.

Segundo.- Dar traslado del presente acuerdo a la empresa contratista y concederle un plazo de audiencia de diez días naturales a los efectos de que alegue lo que a su derecho convenga.

Tercero.- Una vez sustanciado el trámite anterior, solicitar informe a la Asesoría Jurídica de la Corporación».

- Transcurrido el plazo de audiencia de diez días naturales concedidos a la empresa contratista, por la misma no se realiza manifestación alguna que abunde en su solicitud inicial, y se da traslado de la propuesta y el expediente a la Asesoría Jurídica de la Corporación a efectos de informe.

- El informe de la Asesoría Jurídica de la Corporación se emite en fecha 12 de agosto de 2020, y en el mismo se ponen de manifiesto los siguientes aspectos fundamentales:

«A) Requisitos para la resolución por mutuo acuerdo.

(...) El 212.4 de la LCSP establece que: “la resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato”.

“Por consiguiente, si bien el mutuo acuerdo como causa de resolución está basado en el principio de autonomía de la voluntad; dicho principio se ve matizado por las especiales características de los contratos administrativos, de tal forma que, por disposición legal, se exige la concurrencia de otros requisitos, aparte de la voluntad, para que pueda operar el mutuo acuerdo como causa de resolución en este tipo de contratos: inexistencia de causa de resolución imputable al contratista y concurrencia de razones de interés público u otras circunstancias de carácter excepcional (debidamente justificadas), que hagan innecesario o inconveniente la permanencia de la relación contractual. Al respecto, el Consejo de Estado tiene declarado que cada uno de los presupuestos que legitiman el consentimiento de la Administración para resolver por mutuo acuerdo (juicio positivo sobre la conveniencia de extinguir el contrato y juicio negativo sobre la inexistencia de una causa resolutoria por parte del contratista) tiene sustantividad propia y autónoma”. Se señala por la Asesoría a continuación el dictamen del Consejo de Estado 1022/1992, de 17 de septiembre.

“A la vista de lo anteriormente expuesto, se ha de poner de manifiesto que no consta en el expediente el análisis y justificación suficiente en relación a la concurrencia de los requisitos exigidos en el art. 212.4 de la LCSP para la aplicación de la causa de resolución por mutuo acuerdo al contrato que nos ocupa, esto es, que, por un lado, no exista una causa de resolución imputable al contratista y, por otro lado, la existencia de razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato, toda vez que:

- Por un lado no consta ponderación alguna en el expediente en relación a la incidencia de la crisis sanitaria y económica creada por el Covid-19 sobre el contrato que nos ocupa, a efectos de determinar si existen circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que afecten de manera sustancial a las obligaciones contractuales, y que puedan ser consideradas razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.

- Por otro lado no consta determinación alguna respecto al grado de cumplimiento por parte del contratista de las prestaciones que conforman el objeto contractual, a efectos de determinar si concurre alguna causa de resolución que sea imputable al citado contratista, teniendo en cuenta que en el expediente remitido constan tres informes del Servicio Administrativo de Deportes, en los cuales se describen ciertas incidencias relacionadas con la prestación del servicio de gestión integral de la comunicación digital, de 8 de abril, y 4 y 23 de junio de 2020”.

B) Efectos de la resolución del contrato.

B1.- (...) “A su vez, el apartado 5 del citado art. 213 de la LCSP dispone 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”.

“Examinado el expediente remitido, se observa que no consta referencia alguna a los efectos de la resolución por mutuo acuerdo del contrato que nos ocupa, ni tampoco consta pronunciamiento expreso respecto a la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía definitiva constituida por la empresa contratista.

Es por ello que, deberá revisarse por ese Servicio la propuesta de resolución que se eleve al Consejo de Gobierno para su aprobación, al objeto de incorporar e la misma la determinación de los efectos de la resolución propuesta y un pronunciamiento expreso respecto a la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía definitiva.

B2.- Por último, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 213.1 de la LCSP, los efectos de la resolución por mutuo acuerdo deben acomodarse a lo estipulado por ambas partes, una vez incorporados dichos extremos en la propuesta de resolución contractual al Consejo de Gobierno, el Servicio Gestor deberá dar traslado de la

misma al contratista, con el fin de que conste en el expediente su conformidad a los efectos de resolución que se propongan”».

- Con fecha 17 de agosto siguiente se remite a la empresa adjudicataria, como requerimiento de justificación, escrito del siguiente tenor:

« (...) Por tanto, y a los efectos de que por este Servicio Administrativo se tenga debida constancia de las causas y circunstancias que justifican de forma fehaciente la imposibilidad de la empresa de prestar el servicio con las garantías adecuadas debido a la carencia del personal suficiente, y por tanto, continuar con la tramitación de la resolución del contrato por mutuo acuerdo de las partes, por la presente se le insta para que, en un plazo máximo de diez días hábiles a contar desde el día siguiente al que reciba la presente notificación, explique detalladamente los siguientes aspectos:

Las circunstancias que han generado un posible desequilibrio económico en el contrato como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno de España para hacer frente a la pandemia mundial por la Covid-19.

Si se han producido cambios en la organización interna de la empresa que hayan impedido o dificultado la prestación eficaz del servicio a raíz de la declaración del estado de alarma y la limitación de movimientos decretada.

Las razones por las que no se solicitó la suspensión del contrato en el estado de alarma, como posibilitaba la normativa por la que se decretó el mismo.

Explicación razonada sobre la incidencia que tuvo la señalada declaración del estado de alarma en la capacidad o posibilidad de la empresa de contar con los medios personales suficientes y debidamente formados para realizar el servicio».

Transcurridos los diez días hábiles concedidos, por la empresa contratista no se presenta alegación alguna que justifique la imposibilidad de la misma de continuar con la ejecución del contrato.

- En cuanto a la observación de la Asesoría Jurídica sobre la existencia de diversas incidencias en la prestación de servicio, hay que señalar los siguientes antecedentes:

Informe de la técnico responsable del contrato, de fecha 8 de abril de 2020:

« (...) Que el lunes 9 de marzo se desarrolla una reunión de coordinación previa a la firma de contrato que se preveía para los próximos días. En esta reunión se aclara con detalle todas las obligaciones de la empresa, planificación de trabajo prevista, estilo de trabajo, mecanismos de coordinación, etc., de cara a que el inicio del servicio pudiera ser lo más eficiente posible una vez firmado el contrato por la empresa adjudicataria, de forma pudieran tener toda la información previa necesaria para la preparación del inicio del

servicio. En esta reunión, se hace mención a que, una vez firmado el contrato, se le enviaría una copia de la web para que pudieran copiarla en su alojamiento.

Que el jueves 19 de marzo se firma por parte de la empresa adjudicataria el contrato, y tras su firma, se le envía mediante correo electrónico diversa información relativa a la ejecución del mismo. En este mismo correo, se le explica que se está generando la copia de la web, y que desde que esté lista, se le enviaría para que la traspasen a su alojamiento web.

Que el 20 de marzo se le envía el enlace de descarga de la web, y durante toda la semana siguiente se le consulta a la empresa por el estado del traspaso de la web, de cara a que asuman sus obligaciones respecto al mantenimiento de la misma, y que la empresa saliente pudiera dar de baja su alojamiento.

Que durante toda esa semana se reciben informaciones a modo de excusa, sin que finalmente se ponga en uso la web por parte de la empresa adjudicataria. En algún momento incluso, el coordinador del contrato informa que se está tardando porque la persona que hace este trabajo es la misma que hace los diseños, y que como ha estado liado con diseños de una nueva campaña, pues que no ha podido realizar los trabajos de la web.

Que al comienzo de la semana siguiente, los días 30 y 31 de marzo, sigue consultándose por el traspaso de la web, a lo que finalmente, el responsable de la empresa informa que la web no se ha traspasado porque no tenían claro que el alojamiento y el mantenimiento fuera obligación de la empresa adjudicataria, que no tenían previsto que la web fuera a ser tan pesada, etc.

Que tras la aclaración de estos asuntos, se disponen al traspaso de la web, quedando finalmente en marcha el jueves 2 de abril, 14 días después de haberse firmado el contrato.

Que se considera grave el hecho de que se advirtiera que correspondía a la empresa adjudicataria el alojamiento de la web desde el primer momento, casi un mes antes de su final traspaso.

Que la empresa adjudicataria tenía que haber previsto estos trabajos con suficiente antelación, tal y como se les solicitó desde el 9 de marzo, para que el servicio no se viera afectado. Igualmente, tendría que haberse preocupado previamente de conocer la web que debían mantener.

Que el servicio web es uno de los más importantes que incluye este contrato, representando en torno al 30% del total del contrato, y que durante casi medio mes, la empresa no cumplió sus obligaciones al respecto».

Informe de la técnico responsable del contrato de fecha 4 de junio de 2020:

« (...) Que debido al gran número de fotografías propias que realiza el Área de Deportes, se ha creado un banco particular de fotos para facilitar sus búsquedas. En este sentido, el punto 2.1. del PPTP del contrato, recoge la obligación de la empresa adjudicataria de subir al mes alrededor de 200 fotos a la plataforma, seleccionadas y categorizadas.

Que el 23 de marzo se informó a la empresa que debían ir categorizando y subiendo a la plataforma unas fotografías que ya habíamos seleccionado en el Área y que se encontraban en un drive.

Que el pasado 27 de mayo se procede a realizar una búsqueda de fotos en el banco de imágenes, y se constata que durante estos dos meses, no se había realizado la subida de ninguna de las imágenes solicitadas.

Que ante esta situación, el coordinador del contrato designado por la empresa, alega que no estaba al corriente de esa obligación del contrato, y que se procede a la subida de las fotos indicadas.

Que a esto se le informa que las obligaciones del contrato deben ser revisadas y supervisadas por la empresa, que no puede suponer una excusa el hecho de afirmar que se desconocía esa obligación, más aún, cuando fue una solicitud directa del Área que fácilmente se podía ejecutar teniendo en cuenta la paralización de las actividades del Servicio de Deportes debido al estado de alarma provocado por el COVID-19, que ha reducido en gran medida el volumen de trabajo a requerir a la empresa adjudicataria.

Que, por otro lado, el apartado 2.2 del PPTP del contrato, estipula un canal de atención al cliente de 24 horas al día, los 7 días de la semana, de cara a poder mantener una comunicación directa y eficiente con la ciudadanía. Esto en ocasiones no se ha mantenido, pasando horas desde que llega el mensaje hasta que se responde, teniendo desde el Área que advertir dicha situación. La empresa adjudicataria informó en el primer caso, que el motivo era que no les ha saltado la notificación, ante lo cual se le instó a solucionarlo para que no volviera a ocurrir, cosa que después ha vuelto a suceder:

(...)

Que estas incidencias denotan una carencia de recursos personales destinados a la ejecución del contrato, pues a pesar de que su oferta técnica incluía la presencia de 5 personas para su desarrollo, en la actualidad, al Área solo le consta la presencia de, a lo sumo, 3 personas, trabajando en el mismo: la persona designada como coordinador que es quien desarrolla y publica todos los contenidos, un diseñador gráfico y un desarrollador web.

Esto, a pesar de que debido al estado de alarma provocado por el COVID-19 se ha paralizado las actividades presenciales del Servicio de Deportes, y por tanto, la actividad en la comunicación ha disminuido en gran medida, pero aun así, no se están desarrollando los trabajos como se estipula en el contrato.

Que otra incidencia que se ha advertido en relación a este contrato, es que en los PPTP queda patente la importancia de que la comunicación digital de este contrato debía ser gestionada por profesionales con previa experiencia en comunicación digital para administraciones públicas y entidades deportivas, pero, a pesar de que en la oferta de la empresa adjudicataria se establecía para la persona que coordina el contrato, un perfil profesional con amplia experiencia en redes sociales tanto institucionales como privadas, el día a día de la gestión de las comunicaciones desarrolladas deja patente que dicho perfil profesional no se ha cumplido. Son diversas las correcciones y errores en las publicaciones, tanto debido a errores gramaticales, como al estilo de redacción que no es claro ni se corresponde con la información previamente enviada por el Área a la empresa. Tampoco se considera adecuado el tono que se emite en las publicaciones, pues a pesar de haber sido advertida de que utilizara un tono más formal y no tan coloquial, más apropiado a la Institución Pública a la que representa en las publicaciones, a día de hoy, estos errores siguen sucediéndose:

(...)

Que por último, el pasado martes 2 de junio por la tarde, el coordinador del contrato por parte de la empresa debía reorganizar los contactos de una lista de distribución del Whatsapp dedicado a enviar publicaciones relativas a la línea de subvenciones de federaciones, incluyendo los contactos de las listas que hasta el momento estaban en la subvención de baloncesto y de fútbol.

Que a la hora de realizar esta tarea, se equivoca y crea, en su lugar, un grupo de whatsapp con los teléfonos móviles de los usuarios que pertenecían a esa lista, haciendo público, de esta manera, todos los teléfonos personales de las personas usuarias integrantes en ella.

Que, además de suponer un grave error en relación a la protección de datos de esas personas usuarias, la manera en la que se intentó solventar el problema no fue la correcta, quedando este grupo de whatsapp abierto hasta la mañana del miércoles 3 de junio en la que se le advierte de nuevo de este hecho, a pesar de haber insistido en numerosas ocasiones que se asegurara de cancelar ese grupo».

- Con esa misma fecha se remite, por parte de la Sra. Consejera Insular de Educación, Juventud, Museos, Cultura y Deportes a la empresa adjudicataria, escrito en el que se le recuerda que en la cláusula 21ª PCAP se establecen como obligaciones contractuales esenciales y condiciones especiales de ejecución, entre otras, la de confidencialidad.

Informe de la Unidad Técnica de 23 de junio de 2020:

« (...) Que tras las últimas incidencias informadas a principios del mes de junio, se han seguido procediendo diversas irregularidades con respecto a la prestación de este servicio, las cuales dejan patente una carencia de profesionalidad y eficiencia que empiezan a ver comprometida la reputación de imagen del Área de Deportes.

Que las publicaciones que se realizan en las redes siguen, en ocasiones, sin reunir unos requisitos de calidad suficientes, no ajustándose al estilo de redacción, ni al contenido, ni a los objetivos adecuados para una institución pública ni a las directrices marcadas por el Área, como por ejemplo:

** Tras las diversas incidencias ocurridas con los mensajes del servicio de Whatsapp en las semanas anteriores, y ante la previsión de la publicación en los próximos días de las diferentes líneas de subvención del Área, el día 15 de junio se les remite un correo electrónico recordando las pautas a seguir y remitiendo un estilo de mensaje al cual deberán ajustarse (uso de negritas en la información más relevante, incluir el enlace en el cuerpo del mismo mensaje, etc.), pero ese mismo día se publican dos mensajes sin las negritas, y al consultar a la empresa, dicen que se debió quitar al copiar y pegar el mensaje, a lo cual se contesta que su responsabilidad es cerciorarse bien de que las cosas estén perfectas antes de publicarse:*

(...)

** Los plazos y contenidos de las respuestas no están siendo, en ocasiones, los adecuados, pues ese mismo día se genera una consulta por parte de un usuario sobre una subvención que se había aprobado por Consejo de Gobierno la semana anterior, y que la empresa había publicado. Al ver que pasaban más de 20 minutos y la empresa no contestaba, se les consulta, y 40 minutos después confirman que han contestado, considerándose que el tiempo de respuesta de más de una hora no es el adecuado.*

Pero además, la contestación hace referencia a que se remitirá su consulta y se le responderá lo antes posible, cuando la empresa tenía información suficiente para contestar, siendo más tarde la propia Directora Insular quien remite el enlace de la semana anterior con la información que la usuaria solicitaba.

** Después de haber dado la directriz de compartir todos los eventos deportivos de la isla que se vayan confirmando, se publica un evento deportivo en las redes sociales, el cual, al ver que no se comparte desde nuestras redes, se les recuerda que deben gestionar las alertas pertinentes para identificar estos eventos y compartirlos, y que por favor, publiquen este evento para darle mayor difusión. El 18 de junio se realiza la publicación, en la que, a pesar de que incluso dicho evento se desarrolla en una de nuestras instalaciones insulares, hecho que se podría haber destacado en la publicación junto con el resto de información de interés, lo único que aparece en nuestra publicación son dos emoticonos de muñequitos corriendo, cuando además, se les ha informado en diversas ocasiones que se abstengan de abusar de emoticonos en nuestras redes:*

(...)

** Ayer lunes 22 de junio se corrige a la empresa la propuesta de noticia sobre el Campus de verano del CIAT a publicar en nuestra web y redes sociales. La misma, presentaba una serie de errores en los que se mezclaban los turnos con los ratios de participantes por grupo, pero, a pesar de esto, el post que se publica mantiene los errores anteriormente corregidos, mezclando los grupos con los turnos:*

(...)

Que, además, no se realizan las actualizaciones de la web de manera oportuna, pues tras haber publicado en las redes sociales los días 13 y 14 de junio vídeos del programa Espacio DXT Salud que se deben alojar en el espacio web creado para tal efecto, el día 15 de junio se detecta que no están todos los vídeos actualizados en la web, debiendo solicitar a la empresa que lo haga en la mayor brevedad posible».

En el informe de la técnico responsable del contrato de fecha 21 de septiembre de 2020 se hace constar lo siguiente:

« (...) Que el 29 de julio la empresa adjudicataria informa del cambio del coordinador del contrato.

Que a pesar de que el actual coordinador demuestra tener más experiencia a nivel de comunicación que el anterior, las incidencias con respecto al servicio ofrecido, sobre todo en lo referido a la gestión de redes sociales y los diseños por parte de esta empresa sigue careciendo de la calidad y profesionalidad esperada:

Que las publicaciones que se realizan en las redes siguen, en ocasiones, sin reunir unos requisitos de calidad suficientes, no ajustándose al estilo de redacción, ni al contenido, ni a los objetivos adecuados para una institución pública ni a las directrices marcadas por el Área, como por ejemplo:

** Se comparten publicaciones en Facebook sin contenido propio ni explicar nada al respecto de la publicación que se está compartiendo, careciendo por tanto de un rigor y una fundamentación que informe de un mensaje adecuado a nuestros seguidores, y denotando una falta de cuidado y de interés en la calidad de las publicaciones del Área:*

(...)

** Se dejan sin contestar comentarios de los seguidores, y cuando se contestan, no se cumplen los plazos que venían cumpliéndose anteriormente, de manera que por ejemplo, en Facebook, se ha pasado de tener un nivel de respuesta alto en marzo a “responde en pocas horas”, todo esto a pesar de que el contrato exige una dedicación 24/7:*

(...)

** No se utilizan correctamente los hashtags, y los que se utilizan, en ocasiones se escriben mal:*

(...)

** Se contesta con la misma respuesta exacta a las preguntas de usuarios diferentes, provocando esto incluso burla por parte de estos:*

(...)

** Se utilizan textos masculinizados, a pesar de haber insistido en muchas ocasiones sobre la importancia de la comunicación igualitaria en las líneas estratégicas de Deportes de Tenerife:*

(...)

** El pasado viernes 18 de septiembre por la tarde, se comparte en el Facebook, sin ningún tipo de comentario ni explicación, un post de un vídeo de un colegio de Pozuelo de Alarcón de Madrid referente al Día Europeo del Deporte Escolar. Al advertir el error desde el Área de Deportes, se envía mensaje al coordinador del contrato, el cual no contesta, por lo que se le remite al responsable de la empresa adjudicataria. Al momento el comentario del coordinador del servicio se pone en contacto con el Área y procede a su eliminación aludiendo a un error pues pensaban que se trataba de un centro de Tenerife:*

(...)

Que los diseños solicitados no cumplen unos plazos adecuados, afectando a la planificación esperada para las redes sociales, y la calidad de los mismos tampoco se considera idónea:

** Desde principios de agosto llevamos intentando cerrar una propuesta de infografías denominadas "PREPARANDO EL ENTORNO DEPORTIVO A LA NUEVA NORMALIDAD" a partir de un protocolo que se les envió el 5 de agosto, para unificar con las recomendaciones del Gobierno de Canarias. Tras no haberlas finalizado aún, el 9 de septiembre, se les envían unas modificaciones en base a una nueva resolución del Gobierno de Canarias que afectaba a algunos de los diseños ya trabajados, y se les pide finalizar estos trabajos de manera urgente. La propuestas de modificaciones no llegan hasta el 16 de septiembre por la tarde, y en la misma hay errores que denotan falta de profesionalidad y seguimiento, sin algunos cambios propuestos anteriormente, no habiéndose revisado previamente antes de enviarlas, con diseño pobre en muchos casos en los que parece más un "corta y pega" de los textos enviados, en algunos casos incluso con errores gramaticales. Hasta el momento, los diseños definitivos siguen sin recibirse:*

(...)

** El día 9 de septiembre se comunica a la empresa adjudicataria todo lo relacionado con los contenidos que hay que preparar de cara a la celebración de la Semana Europea del*

Deporte. La primera propuesta al respecto llega el jueves 17 por la tarde, por lo que se mandan las correcciones el viernes 18 a primera hora, sin recibir otra propuesta hasta el lunes 21, cuando tendrían que haberse cambiado las cabeceras de redes sociales a primera hora de este día, y haber tenido ya toda la planificación de contenidos al respecto para la semana.

Que además, los diseños que se remiten no respetan la adecuación de las imágenes a los contenidos de los diseños, pues por ejemplo, para el día internacional de la juventud, que es uno de los días internacionales marcados para sacar publicaciones al respecto, se envían unas propuestas de diseños donde las personas que salen son adultos y niños, o se proponen fotos del CIDEMAT cuando en la actualidad es una instalación que se ha tenido que cerrar y que esto ha generado bastante revuelo público.

(...)

Que la iniciativa por parte de la empresa de cara a crear publicaciones propias, artículos, contenidos de interés, etc., es muy baja. A pesar de haber trasladado la importancia de crear las alertas necesarias para compartir todos aquellos contenidos de interés que se alineen con nuestra estrategia, y que revisaran todos nuestros stakeholders, la realidad es que las propuestas de publicaciones por parte de la empresa adjudicataria es prácticamente nula, de hecho, en diversas ocasiones se les ha tenido que solicitar que compartan información de interés relativa a jornadas online y webinars de gran interés para nuestro público objetivo, o que creen contenidos actuales como por ejemplo crear diseños para avisar de las precauciones que hay que tomar en la práctica de actividad deportiva con la alerta de altas temperaturas del Gobierno de Canarias.

Que esta falta de iniciativa de cara a la búsqueda de contenidos de interés que puedan suplir, de alguna manera, la carencia de actividades propias ocasionada por la actual situación debido al COVID-19 y de que los contenidos propios que sí se generan desde el Área no terminan de cerrarse debido a los retrasos en los diseños por parte de la empresa adjudicataria, está haciendo que no se cumplan las publicaciones establecidas por contrato.

Que al inicio del servicio, así como cuando se produjo el cambio de coordinador del servicio, se informó por escrito de las personas responsables de cada área, pero en cambio, se ha remitido preguntas a personas erróneas, generando un retraso en la respuesta que se le da a la ciudadanía.

Que todas estas incidencias siguen reflejando que la empresa adjudicataria no está aportando los recursos estipulados en su propuesta (cinco personas dedicadas a este contrato), y por lo tanto, esto conlleva a que en el día a día, no se están cumpliendo todas las obligaciones propias de la empresa adjudicataria».

- A la vista de todo lo anterior, con fecha de 2 de octubre de 2020 se dicta Resolución de la Directora Insular de Deportes por la que se resuelve lo siguiente:

«Primero.- Incoar expediente de resolución contractual, por incumplimiento, del contrato administrativo de servicios para la Gestión Digital Integral, Redes Sociales y Whatsapp, adjudicado a la empresa (...), (CIF: (...)), mediante acuerdo del Consejo de Gobierno Insular de 10 de marzo de 2020.

Al presente expediente se le aplicará la tramitación de urgencia.

Segundo.- Dar traslado de la presente resolución, así como de los informes técnicos que constan en el expediente, a la empresa contratista, concediéndole un plazo de audiencia de diez días naturales a los efectos de que alegue lo que a su derecho convenga.

Tercero.- Una vez sustanciado el trámite anterior, recabar Informe de la Asesoría Jurídica de la Corporación.

Cuarto.- En caso de que se plantee oposición por el contratista, se deberá dar traslado del expediente para dictamen, al Consejo Consultivo de Canarias.

Quinto.- En el acuerdo de resolución del expediente deberá recogerse pronunciamiento acerca de la incautación de la garantía definitiva, en su caso».

- El 5 de octubre de 2020 se le notifica a la empresa adjudicataria la anterior resolución y se le da traslado asimismo de los informes técnicos relativos a la ejecución del contrato evacuados hasta esa fecha, concediéndoles el plazo de audiencia de 10 días naturales para presentar alegaciones.

El 15 de octubre siguiente se presenta escrito de oposición por el contratista.

- Con fecha 13 de noviembre de 2020 se emite informe jurídico y propuesta de la Sra. Consejera Insular de Educación, Juventud y Deportes, al Consejo de Gobierno Insular, para que, previo dictamen del Consejo Consultivo de Canarias así como informe preceptivo de la Asesoría Jurídica de la Corporación, se adopte acuerdo en el siguiente sentido:

«Primero.- Declarar de urgencia la tramitación del presente expediente de resolución contractual conforme a lo preceptuado en el 109.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Segundo.- Iniciar expediente para la determinación de los posibles daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato.

Tercero.- Previos los informes señalados anteriormente, resolver por incumplimiento el contrato de servicios de Comunicación Integral Digital del Servicio Administrativo de Deportes, suscrito con la empresa (...), con C.I.F. (...), el 19 de marzo de 2020, con incautación de la garantía definitiva, en función del pronunciamiento de los informes citados

y de lo resultante del expediente de determinación de la indemnización de daños y perjuicios».

- Remitido el expediente al Consejo Consultivo de Canarias, con la correspondiente notificación al contratista, así como a la Asesoría Jurídica de la Corporación, emitiéndose por esta informe con fecha de 18 de diciembre de 2020.

- A raíz de ese informe, y sin ningún trámite intermedio, se elabora la Propuesta de Resolución que nos ocupa, que pretende resolver por incumplimiento el contrato de servicios de Comunicación Integral Digital del Servicio Administrativo de Deportes, suscrito con la empresa (...), por el incumplimiento de las siguientes obligaciones contractuales esenciales:

a) Falta de adscripción de los medios personales a la ejecución del contrato.

b) Incumplimiento de las obligaciones relativas a la protección de datos de carácter personal.

Asimismo concurre como causa de resolución contractual potestativa para la Administración, el cumplimiento defectuoso del objeto del contrato.

También se pretende la incautación de la garantía definitiva, por cumplimiento defectuoso del objeto del contrato, garantía constituida mediante retención en el precio por importe de 2.649,95 euros.

- A raíz de nuestro Dictamen 15/2021, de 21 de enero, ya reseñado, por Resolución de la Directora Insular de Deportes núm. 17174, de 11 de febrero de 2021, se acuerda retrotraer las actuaciones y evacuar el trámite de audiencia a la empresa contratista, que presenta escrito en el que reitera las anteriores alegaciones de 15 de octubre de 2020, así como niega tanto la falta de adscripción de los medios personales, como que haya reconocido el incumplimiento de la normativa estatal en materia de protección de datos de carácter personal contenida en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, ni el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016.

También alega que desconoce exactamente en qué ha consistido el incumplimiento o cumplimiento defectuoso que se le achaca y en qué manera se han podido incumplir sus obligaciones con ello, pues cada uno de los proyectos y actuaciones que les han sido encomendados se han llevado a término debidamente, no desprendiéndose de la resolución, qué obligaciones en este sentido han sido

incumplidas y en que situaciones o circunstancias concretas se han desobedecido las instrucciones dadas durante esta relación contractual. Entiende que todas las campañas y actuaciones que han constituido el objeto de su prestación se han hecho efectivas, y la prestación de servicios que se les ha encomendado, se atiende debidamente, no concurriendo por tanto incumplimiento alguno merecedor de sanción.

Concluye que no se ha producido y, por tanto, no se ha constatado la concurrencia de ninguno de los incumplimientos que se le imputan, careciendo el contenido de las resoluciones emitidas de evidencias objetivas y acreditadas de ningún incumplimiento merecedor de sanción.

En cuanto a la incautación de la garantía definitiva, por cumplimiento defectuoso del objeto del contrato, en modo alguno se ha acreditado la concurrencia de esta causa, ni que haya mediado culpa en su caso, imputable al contratista.

- Finalmente, y una vez evacuado el trámite de audiencia, se dicta con fecha 29 de abril de 2021 Propuesta de Resolución por la que se acuerda resolver por incumplimiento el contrato de servicios de Comunicación Integral Digital del Servicio Administrativo de Deportes, suscrito con la empresa (...)

III

1. La Propuesta de Resolución pretende resolver el contrato de servicios por incumplimiento de las siguientes obligaciones contractuales esenciales:

- Falta de adscripción de los medios personales a la ejecución del contrato.
- Incumplimiento de las obligaciones relativas a la protección de datos de carácter personal.
- Asimismo entiende que concurre como causa de resolución contractual potestativa para la Administración, el cumplimiento defectuoso del objeto del contrato.

Por su parte, acuerda la incautación de la garantía definitiva por cumplimiento defectuoso y culpable del objeto del contrato, garantía constituida mediante retención en el precio por importe de 2.649,95 euros.

2. Se ha de tener en cuenta que, la cláusula 28 del pliego de cláusulas administrativas particulares remite, en cuanto a la resolución, a las causas de los arts. 211.1 y 313 LCSP, mientras que en las cláusulas 23 y 24 se establecen las condiciones y consecuencias del cumplimiento del contrato.

De los pliegos, con base en la normativa de aplicación, se desprende que se puede resolver el contrato por las tres causas esgrimidas por la Propuesta de Resolución, esto es, el incumplimiento de la obligación, por parte del contratista, de adscribir durante toda la ejecución del contrato, los medios personales y materiales suficientes para llevarlo a cabo adecuadamente (cláusula 24.2,2); el incumplimiento de la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal, y en particular, del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (cláusula 24.2,4); y el cumplimiento defectuoso del objeto del contrato (cláusula 23.5).

3. En el presente expediente, si bien obran informes en los que la técnico responsable del contrato advierte de la existencia de diversas incidencias acaecidas en la prestación de los servicios prestados por la empresa adjudicataria ya desde el mes de marzo de 2020 y al menos hasta enero de 2021, dejando constancia de las mismas para su valoración sobre la idoneidad de implementar las penalidades oportunas al respecto, lo cierto es que la administración insular, pudiendo hacerlo de acuerdo con los pliegos, no abre procedimiento para imponerlas, tan solo existe intercambio de correspondencia electrónica entre la responsable del contrato y la empresa reconduciendo esas deficiencias, aunque calificándolos de la siguiente manera: *«Que todos estos hechos constatan una falta de diligencia y profesionalidad por parte de la empresa adjudicataria, quien, hasta en tres ocasiones, incumplió los plazos marcados en tiempo y forma por parte del área, a pesar de las continuas insistencias del servicio en la importancia que dichos trabajos tenían».* « (...) Que estos incumplimientos de plazos y falta de agilidad en las respuestas, denotan que los recursos personales ofertados para este contrato por la empresa adjudicataria en su propuesta (un diseñador gráfico y web, dos periodistas community manager-periodistas, más una coordinadora-periodista, además del fotógrafo), no se están cumpliendo en la realidad».

Ante estos supuestos incumplimientos, además de los derivados de la normativa de protección de datos (y tras un intento frustrado de resolución de mutuo acuerdo, que no prospera por no cumplir con los requisitos exigidos para ello, puestos de manifiesto por los servicios jurídicos del Cabildo Insular de Tenerife) se inicia el procedimiento de resolución contractual que nos ocupa, pero sin que formalmente se

haya tratado de reconducir la situación a través de penalizaciones económicas previstas en los pliegos.

Por su parte, la empresa señala que la Administración no concreta a lo largo del expediente los incumplimientos que le imputa, extremo que no se ajusta a la realidad, pues no solo ha tenido acceso a los distintos informes en los que se señala con claridad cuáles han sido las incidencias y los incumplimientos, sino que ella misma los contesta en su escrito de alegaciones.

IV

Antes de entrar en el análisis de las causas de resolución esgrimidas por la Administración, es preciso recordar que la resolución del contrato por culpa del contratista requiere un incumplimiento «grave» del mismo, no bastando cualquier incumplimiento contractual (STS de 2 de abril de 1992).

Así, la STS de 25 de junio de 2002 señala, referida a cuando una obligación era esencial en atención a las circunstancias concurrentes, que *«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»*.

Ciertamente, la resolución es el último remedio ante un contrato en crisis y, conforme indica la STS de 26 de marzo de 1987, existen otras alternativas de aplicación previa como es la aplicación de penalidades que, como en la resolución, sólo podrían imponerse *«cuando están plenamente justificadas puesto que la prudencia aconseja, salvo en casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas, teniendo siempre presente la proporcionalidad entre el plazo pactado para la ejecución de la obra (...) pues, como añade esta misma sentencia, “lo peor para todos, es una resolución del contrato y una vuelta a empezar en la selección de un nuevo contratista” (...)»*.

Entre otros, en nuestros Dictámenes 374/2019 y 243/2019 hemos señalado:

« (...) 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.

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 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 en 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 conlleva 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».

V

Expuesta la doctrina anterior, podemos entrar en el análisis de las causas esgrimidas por la Administración para resolver el contrato.

A) Falta de adscripción de los medios personales a la ejecución del contrato (cláusula 24.2, 2 de los pliegos).

De la documentación obrante en el expediente se desprende que la Administración no acredita la concurrencia de esta causa de resolución. En efecto, de los distintos informes de la responsable del contrato solo se infieren meras sospechas derivadas de las supuestas incidencias o incumplimientos que reseña, pero no hay pruebas del hecho alegado de que no se adscriba el personal ofertado por la empresa contratista. Este extremo es puesto de manifiesto por la propia empresa en

sus alegaciones, sin que la Propuesta de Resolución, ni ningún informe obrante en el expediente, lo refute aportando prueba alguna.

Como hemos afirmado en múltiples ocasiones, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, consolidada desde la STS de 17 de noviembre de 2000, el procedimiento de resolución contractual es esencialmente contradictorio, y que, de acuerdo con la regla general del derecho contenida en el art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, le corresponde a cada parte la carga de probar los hechos que presenta como fundamento de su alegato, no bastando con meras suposiciones basadas en supuestos incumplimientos.

En consecuencia, no podemos compartir que se haya incurrido, por parte de la empresa contratista, en esta causa de resolución contractual.

B) Incumplimiento de las obligaciones relativas a la protección de datos de carácter personal (cláusula 24.2, 4).

Según los informes obrantes en el expediente, este presunto incumplimiento se produjo el martes 2 de junio de 2020 por la tarde, cuando el coordinador del contrato por parte de la empresa debía reorganizar los contactos de una lista de distribución del Whatsapp con la finalidad de enviar publicaciones relativas a la línea de subvenciones de federaciones. A la hora de realizar esta tarea, se equivoca y crea, en su lugar, un grupo de whatsapp con los teléfonos móviles de los usuarios que pertenecían a esa lista, haciendo públicos de esta forma los números de teléfono de las personas usuarias integrantes en ella.

Según la Administración, *«ese grupo de whatsapp quedó abierto hasta la mañana del miércoles 3 de junio, a pesar de haber insistido (al coordinador de la empresa adjudicataria) en numerosas ocasiones que se asegurara de cancelar ese grupo»*.

La Propuesta de Resolución fundamenta esta causa en la vulneración de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales; en concreto, el art. 5.1, relativo al deber de confidencialidad, que dispone *«los responsables y encargados del tratamiento de datos así como todas las personas que intervengan en cualquier fase de este estarán sujetas al deber de confidencialidad al que se refiere el artículo 5.1.f) del Reglamento (UE) 2016/679»*. A su vez, el art. 4 del Reglamento (UE) 2016/679, establece que *«A efectos del presente Reglamento se entenderá por:*

1) “datos personales”: toda información sobre una persona física identificada o identificable (“el interesado”); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona;

2) “tratamiento”: cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción; (...)

12) “violación de la seguridad de los datos personales”: toda violación de la seguridad que ocasione la destrucción, pérdida o alteración accidental o ilícita de datos personales transmitidos, conservados o tratados de otra forma, o la comunicación o acceso no autorizados a dichos datos; (...)

14) “datos biométricos”: datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos».

Pues bien, de esta normativa la Propuesta de Resolución deduce la existencia de una violación de la seguridad de los datos personales de los usuarios del servicio, como consecuencia de la publicidad de números de teléfono, algunos de los cuales incluían datos biométricos (fotografías del perfil).

La empresa reconoce que se cometió el error de crear un grupo de WhatsApp en lugar de la línea de distribución que correspondía para difundir varias informaciones relativas a subvenciones deportivas, haciendo visible un listado de teléfonos, pero alega que en este listado no existen nombres ni apellidos, ni cargos que se relacionen ni asocien a los números de teléfonos y que se actuó de forma inmediata, aunque debido a la tensión que le ha generado la comisión de este error, cree que ha realizado las acciones necesarias para eliminar el grupo constatando que no es así a la mañana siguiente, pidiendo disculpas inmediatamente a los integrantes y eliminándolo por completo.

Afirma que se trata de un error humano carente de intencionalidad, que no ha tenido trascendencia efectiva para los usuarios, ni ha generado perjuicios de ningún tipo, ni respecto del cual ninguno de los usuarios afectados han presentado queja o reclamación alguna.

Este Consejo coincide con la contratista en que el incidente no tiene entidad suficiente, de acuerdo con la jurisprudencia referida en el Fundamento IV, para poder ser considerado como un incumplimiento de las obligaciones relativas a la protección de datos de carácter personal, pues no puede ser calificado de grave y de naturaleza sustancial.

En efecto, pese a que el propio contratista reconoce que se creó ese grupo de WhatsApp, no fue un acto intencionado y apenas estuvo accesible 24 horas. Además, a través de los números de teléfono -ni de las fotos que, en su caso, estuviesen asociadas- no es posible identificar a los titulares de esos números, ni siquiera indirectamente, pues tales números de teléfono no son un identificador que permita acceder al nombre, número de identificación, datos de localización, ni es un elemento propio de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de sus titulares.

C) Cumplimiento defectuoso del objeto del contrato (cláusula 23.5).

Por último, la Administración achaca al contratista la comisión de distintas deficiencias en la prestación del servicio (tales como errores en las publicaciones, gramaticales y de estilo, uso de expresiones y emoticonos inapropiados, fallos en la información previamente enviada por el Área, incumplimiento de los plazos marcados en tiempo y forma, etc.), que evidencian, en palabras de la responsable del contrato *«una falta de diligencia y profesionalidad por parte de la empresa adjudicataria»*, lo que en definitiva supone un cumplimiento defectuoso del objeto del contrato.

Este Consejo tampoco puede apreciar que tales deficiencias o errores sean lo suficientemente graves para constituir causa de resolución del contrato, pues ni siquiera en su conjunto se pueden reputar como un incumplimiento esencial, en cuanto no han puesto en peligro el objeto del contrato, que viene constituido por la prestación de servicios de comunicación digital integral (Web, Redes Sociales y Whatsapp) para el Servicio Administrativo de Deportes del Cabildo Insular, con la finalidad de garantizar una eficaz comunicación de las distintas acciones y servicios que se desarrollan por parte de dicho Servicio (cláusula 1 PCAP), toda vez que ninguna de las actuaciones de la contratista han comprometido gravemente dicha

comunicación; ni, en fin, revelan una voluntad clara por parte del contratista de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos, como viene exigiendo la jurisprudencia expuesta con anterioridad.

Son más bien incidencias puntuales, normales en el desarrollo de las distintas y plurales acciones que conforman el objeto del contrato, que se fueron subsanando a medida que se fueron advirtiendo, como reconoce la propia Administración, máxime teniendo en cuenta que, tal como se puede apreciar en la documentación obrante en el expediente, desde que la contratista gestiona el servicio se ha incrementado el número de usuarios y visitantes de las redes sociales del Servicio de Deportes del Cabildo Insular de Tenerife. Además, la contratista, al menos respecto de los hechos que se le imputan en la Propuesta de Resolución, ha realizado las actuaciones que le han sido encomendadas, sin que una simple errata o una negrita o usar emoticonos (por otro lado, recurso muy habitual y propio de las redes sociales), se pueda erigir como falta de tal gravedad que pueda dar lugar a la sanción más grave que se puede imponer al contratista, cual es la resolución del contrato.

En el presente supuesto, lo que se trasluce, es una diferencia de criterio de la técnico responsable del contrato en relación con la forma de llevar las redes sociales por parte la contratista, que está teniendo como consecuencia que la gestión del servicio se realice de una forma poco fluida, lo que lejos de constituir un incumplimiento del contrato por parte de la contratista, se encuadra más bien en una inobservancia, también por parte de la Administración contratante, de lo dispuesto en la cláusula 2.4. del Pliego de Prescripciones Técnicas, en el que se ordena lo siguiente: *«Coordinación general: El desarrollo de la gestión integral de la comunicación digital del Área de Deportes deberá ser desarrollada con coherencia y en máxima coordinación con la persona designada por parte del Área de Deportes como responsable del contrato.*

Esta coordinación general deberá llevar implícita el asesoramiento técnico a nivel de comunicación digital siempre que el Área de Deportes lo requiera, ejerciendo un papel proactivo en la generación de contenidos. Además, deberá velar por respetar el manual de identidad corporativa del Área de Deportes, así como identificar e informar de aquellas publicaciones externas que no lo cumplan para poder mediar la corrección de las mismas desde el Área.

La coordinación general requerirá de reuniones periódicas entre las personas designadas, estableciéndose con carácter mínimo, dos reuniones mensuales. Sin perjuicio de ello, se podrán solicitar reuniones puntuales siempre que por demandas del servicio se estimen oportunas (...) ». Pues lo cierto es que por parte de la contratista se solicitaron

diversas reuniones para llevar a cabo la indicada coordinación en el mes de marzo, sin que conste que se atendiera su requerimiento.

En definitiva, de lo expuesto se concluye que no concurre ninguna de las causas alegadas por la Administración para poder resolver el contrato de comunicación digital integral, redes sociales y whatsapp del Servicio Administrativo de Deportes por causa del incumplimiento del contratista, por lo que la Propuesta de Resolución, que además incauta la garantía, no resulta conforme a Derecho.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución, que resuelve el contrato administrativo de servicios *«Para la gestión integral de la comunicación digital de la plataforma Web, Redes Sociales y Whatsapp 2019/21»* del Servicio de Deportes del Cabildo Insular de Tenerife, no se considera ajustada a Derecho, al no concurrir las causas alegadas.