Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 8 de febrero de 2024.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Consejera de Turismo y Empleo del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del contrato de limpieza del centro administrativo dependiente de la Dirección General de Trabajo formalizado con la empresa (...) (EXP. 626/2023 CA)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Consejera de Turismo y Empleo, es la Propuesta de Acuerdo para la resolución del contrato del servicio de limpieza del centro administrativo dependiente de la Dirección General de Trabajo, por incumplimiento de las obligaciones salariales.

2. La legitimación 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 191.3, 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 (en adelante, LCSP), que dispone la preceptividad del dictamen de este Consejo Consultivo cuando se ha opuesto el contratista.

Asimismo, resulta aplicable, en lo que no se oponga a la LCSP (Disposición derogatoria de la LCSP), el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), también de carácter básico.

[*] **Ponente: Sr. Suay Rincón.**

3. El órgano competente para acordar la Resolución del contrato es el órgano de contratación (arts. 190 y 212.1 LCSP), que en este caso es la Dirección General de Trabajo (cláusula 2 del PCAP y art. 18.1 del Reglamento Orgánico de la Consejería de Economía, Conocimiento y Empleo, ahora Consejería de Turismo y Empleo, que se mantiene en vigor, en virtud de la Disposición Transitoria Única del Decreto 123/2023, de 18 de julio, que determina la estructura orgánica y las sedes de las consejerías del Gobierno de Canarias).

4. Se cumple el requisito establecido en el art. 212.1, segundo párrafo LCSP, ya que se dan las excepciones previstas en él.

El precepto establece: *« (...) la resolución del contrato por la causa a que se refiere la letra i) del artículo 211.1 solo se acordará, con carácter general, a instancia de los representantes de los trabajadores en la empresa contratista; excepto cuando los trabajadores afectados por el impago de salarios sean trabajadores en los que procediera la subrogación de conformidad con el artículo 130 y el importe de los salarios adeudados por la empresa contratista supere el 5 por ciento del precio de adjudicación del contrato, en cuyo caso la resolución podrá ser acordada directamente por el órgano de contratación de oficio».*

En el presente caso, de lo actuado en el expediente consta que la trabajadora afectada por el impago procede de la subrogación de la empresa que prestaba el servicio con anterioridad y que el importe de los salarios adeudados por la empresa contratista supera el 5 por ciento del precio de adjudicación del contrato.

5. El plazo máximo para instruir y resolver los procedimientos de esta naturaleza es de ocho meses, plazo que no ha vencido ya que el procedimiento se inició el 13 de julio pasado.

II

Los antecedentes relevantes en este caso son los siguientes:

- Mediante Resolución del Director General de Trabajo n.º 1721/2022 de 9 de junio de 2022, se procedió a adjudicar la contratación administrativa del servicio de limpieza de los dos centros administrativos dependientes de la Dirección General de Trabajo (Expte. 22/CO/SE/A/02), resultando el lote 2 que aquí nos ocupa de la DGT en Santa Cruz de Tenerife, adjudicado a la empresa (...), por importe total de 73.821,99 €.

- En fecha 1 de julio de 2022, se formaliza el contrato entre la empresa adjudicataria (...), y la Dirección General de Trabajo con un plazo de duración de 36 meses.

- La trabajadora como consecuencia de la asunción, por dicha empresa del servicio de limpieza del centro dependiente de la Dirección General de Trabajo en Santa Cruz de Tenerife –centro al que ha estado adscrita la trabajadora con una antigüedad de 2 de mayo de 2002-, es subrogada en la misma fecha de formalización de 1 de julio de 2022.

La trabajadora disfrutó vacaciones de 28 de junio al 2 de agosto de 2022, por lo que la subrogación a la nueva adjudicataria se produjo durante sus días de vacaciones.

- En fecha 10 de agosto de 2022, la trabajadora comienza a reclamar el salario devengado durante el mes de julio de 2022. En fecha 12 de agosto de 2022, la trabajadora recibió un correo electrónico del administrador de la entidad, (...), al que acompañó una carta de despido, con igual fecha por la que comunicaba el cese de la trabajadora con efectos de 12 de agosto de 2022.

- En fecha 23 de agosto de 2022, la trabajadora presenta demanda frente a la entidad, (...), (...) (administrador único), la Consejería de Economía, Conocimiento y Empleo del Gobierno de Canarias (Dirección General de Trabajo), (...), y el (...) a fin de que se dictare sentencia por la que se declarare la vulneración de los derechos fundamentales por el despido efectuado el 12 de agosto de 2022 y, por tanto, la nulidad de dicho cese, con la condena a los efectos inherentes a la misma así como a una indemnización adicional en concepto de daños y perjuicios.

- La trabajadora, en el mes de agosto de 2022, en concreto, el 23 de agosto, percibió de la entidad, (...), la cantidad de 20 euros. Por lo que, a fecha de cese de la relación laboral, la trabajadora tenía pendientes de percibir el salario del mes de julio y agosto de 2022 y bolsa de vacaciones.

- En fecha 1 de febrero de 2023, se dicta por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Santa Cruz de Tenerife, en el procedimiento de Despido/Ceses en general 698/2022, Sentencia en virtud de la cual se estima parcialmente la demanda, se declara la nulidad del despido, con efectos de 12 de agosto, se condena a readmitir a la trabajadora y al pago de los salarios de tramitación y de otros conceptos.

Tras esta sentencia la adjudicataria procede a readmitir a la trabajadora en su puesto de trabajo en el centro directivo en Santa Cruz de Tenerife en fecha 22 de febrero de 2023. Esta sentencia es firme, y se encuentra en trámite de ejecución

pues no se ha dado cumplimiento a la misma por parte de la empresa condenada en cuanto al abono de determinados conceptos.

- En fecha 25 de abril de 2023, tiene entrada por registro electrónico en la Dirección General de Trabajo escrito del abogado de la trabajadora, poniendo de manifiesto los incumplimientos en materia laboral por parte de la adjudicataria toda vez que no se le ha abonado ni las cantidades objeto de condena en virtud de sentencia mencionada ni los salarios devengados conforme al convenio colectivo de aplicación desde el mes de febrero de 2023.

- A la adjudicataria se le han venido abonando las facturas del servicio durante la ejecución del contrato con total normalidad por parte de la Dirección General de Trabajo, al considerar que quedaba acreditado lo estipulado en la cláusula 27 PCAP, al presentar junto con la facturación mensual, la declaración responsable de encontrarse al corriente en el pago de las nóminas de acuerdo con las retribuciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación.

No obstante lo anterior, en el escrito del abogado de la trabajadora antes meritado se informa de que la empresa solo ha abonado a la trabajadora las siguientes cantidades:

- El día 7 de marzo de 2023: 250,00 € (por nómina de febrero).

- El día 5 de abril de 2023: 400,00 € (por nómina de marzo).

- El día 5 de mayo de 2023: 100,00 € (por nómina de abril).

Debiendo en el momento presente adicionar el incumplimiento de las siguientes mensualidades:

- El día 5 de junio de 2023: 100,00 € (por nómina de mayo).

- El día 5 de julio de 2023: 10,00 € (por nómina de junio).

- El día 4 de agosto de 2023: 5,00 € (por nómina de julio).

- El día 5 de septiembre de 2023: 10,00 € (por nómina de agosto).

- El día 5 de octubre de 2023: 5,00 € (por nómina de septiembre).

- noviembre no ha sido abonado a día de la fecha.

Ante esta situación la trabajadora ha presentado reclamación de cantidad ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Santa Cruz de Tenerife y ante el correspondiente Juzgado de lo Social.

Asimismo, se informa por el abogado de la trabajadora que se encuentra pendiente en el juzgado de lo social demanda de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, demanda de reconocimiento de derecho y reclamación de cantidad por las 8h de servicio.

El día 16 de octubre de 2023, la empresa le amplía la jornada a la trabajadora de trabajo de 5h diarias a 8h diarias.

- En fecha 20 de abril de 2023, mediante correo electrónico se le solicitó a la adjudicataria la acreditación de encontrarse al corriente en el pago de salarios conforme a lo estipulado en el PCAP que rige la presente licitación, siendo contestado por la adjudicataria a través del mismo medio en fecha 24 de abril de 2023 rectificando únicamente la redacción de la declaración responsable.

Con fecha 28 de abril de 2023, se decide por este centro directivo abonar la factura del mes de marzo de 2023 y se le solicita aclaración de la situación laboral y salarios adeudados a la trabajadora.

Finalmente, el 28 de mayo de 2023 la empresa remite correo electrónico aclarando los extremos laborales con respecto a la trabajadora y adjuntando nóminas y abonos en cuenta a la misma de las mensualidades de febrero y marzo de 2023.

Se observa por esta Dirección General de Trabajo que estas cantidades están por debajo del convenio colectivo de aplicación y así mismo los netos transferidos no corresponden íntegramente con los líquidos a percibir expresados en las nóminas aportadas. Tampoco se acredita el anticipo salarial aplicado en la nómina de marzo de 2023 ni se presenta justificante de abono de la nómina de abril de 2023.

- En fecha 13 de julio de 2023, se inicia el procedimiento de resolución contractual mediante Resolución n.º 1926/2023. Notificando al contratista el preceptivo trámite de audiencia, oponiéndose la contratista en fecha 28 de julio de 2023.

- Se pone en conocimiento por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Santa Cruz de Tenerife, Acta de Infracción de fecha 15 de septiembre de 2023 a la empresa (...), por importe de 24.586,00 €, y Acta de Infracción de fecha 15 de septiembre de 2023 a la empresa (...), por importe de 70,00 €.

- En fecha 30 de noviembre de 2023, se emite informe de la Viceconsejería de los servicios jurídicos como consecuencia de la solicitud preceptiva realizada por la Dirección General de Trabajo.

- En fecha 7 de diciembre de 2023, el abogado de la trabajadora notifica a esta Dirección General de Trabajo Auto del Juzgado de lo Social n.º 2 de Santa Cruz de Tenerife de fecha 28 de noviembre de 2023, en virtud del cual se ordena la ejecución de la sentencia en el procedimiento de origen Despido n.º 698/2022.

- Finalmente, la Propuesta de Resolución procede a la resolución contractual por incumplimiento, con todas sus consecuencias inherentes, del servicio de limpieza en el centro administrativo de la Dirección General de Trabajo en Santa Cruz de Tenerife, adjudicado mediante Resolución 1721/2022 de fecha 9 de junio, con expresa pérdida de la garantía constituida (art. 213.5 LCSP), que habrá de ser incautada si concurre incumplimiento culpable del contratista (art. 213.3 LCSP), al que corresponderá indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada; si bien la determinación de los daños y perjuicios habrá de efectuarse en expediente contradictorio, con audiencia a la contratista.

III

1. Para la presente resolución contractual se invoca la causa prevista en el art. 211.1, letra i), LCSP, que establece lo siguiente:

«1. Son causas de resolución del contrato:

(...)

i) El impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato».

Ese impago de salarios también sería causa de resolución contractual de acuerdo con lo previsto por el art. 211.1.f) LCSP, ya que supone el incumplimiento de la obligación esencial (prevista en la cláusula 24.8 del Pliego de Cláusulas administrativas) de abonar los salarios correspondientes a determinados meses de los años 2022 y 2023; hechos que se acreditan en el expediente mediante la sentencia de judicial y la falta de ejecución de la misma, así como por el requerimiento realizado y que no han sido cuestionados por la adjudicataria.

2. La empresa interesada opone que no procede la resolución unilateralmente porque la ha solicitado de mutuo acuerdo y no se ha resuelto.

Sin embargo, no solo consta en el expediente -aunque sin la formalidad de acto administrativo- la disconformidad de la Dirección General de Trabajo con la

propuesta de resolución de mutuo acuerdo planteada por la empresa, manifestada por la Jefa de Sección de Apoyo, sino que, como afirma la Propuesta de Resolución, la resolución por mutuo acuerdo solo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, de acuerdo con el art. 212.4 LCSP.

Y en el presente procedimiento se dilucida, precisamente, si concurre o no una causa de resolución contractual imputable al contratista.

3. En relación con el impago de salarios, este Consejo Consultivo ha manifestado con ocasión de otras situaciones similares (ver por todos el DCC 430/2022, de 10 de noviembre), lo siguiente:

« (...) Para que prospere la causa resolutoria la doctrina viene exigiendo la concurrencia del requisito de "gravedad" en el incumplimiento empresarial, y a los efectos de determinar tal gravedad, viene sosteniendo desde la STS 24 marzo 1992 (RJ 1992, 1870) (rec. 41311991), que debe valorarse exclusivamente si el retraso o el impago es o no trascendente partiendo de un triple criterio, objetivo (independiente de la culpabilidad de la empresa) temporal (continuado y persistente en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado) - por todas, STS 3 diciembre 2013 (RJ 2013, 8160). El articulo 50 ET no deja de ser trasunto laboral del artículo 1124 Código Civil (LEG 1889, 27), que permite al perjudicado por el incumplimiento ajeno escoger entre exigir el cumplimiento de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos (STS 3 diciembre 2013 (RJ 2013, 8160), rec. 141/2013). Sabemos, y en este caso no se discute, -cual es la fecha límite de los incumplimientos alegables- puede 4497)); en lo que se centra nuestra atención es en el cumplimiento tardío del pago y sus efectos en el ejercicio de la acción resolutoria.

Entendemos que la satisfacción extemporánea de las retribuciones solo puede significar que se cumple con la obligación de pago pero no con la obligación de pago puntual. El pago extemporáneo es la constatación del retraso en el pago, pues si no se pagara lo que existiría seria impago. Por tanto, el pago extemporáneo no equivale a cumplimiento de la obligación y no puede erigirse en obstáculo para el ejercicio de la acción resolutoria basada en esta causa, contando el trabajador con un año para ejercitarla (artículo 59.2 ET) (...) .

4. Finalmente, se alega por la contratista la dificultad de pago por tratarse de cantidades debidas no previstas por la empresa, a lo que ha de responderse reiterando su compromiso de pago conforme al Convenio de aplicación, y, en todo caso, al resultar aplicable, tal y como se asumió en la contratación, la cláusula 20 del PCAP, relativa a las obligaciones del contratista, que dispone: "20.3. Como obligación contractual esencial, el contratista deberá cumplir, bajo su exclusiva responsabilidad, las disposiciones vigentes en materia laboral, de seguridad social y de seguridad e higiene en el trabajo, debiendo tener a

su cargo el personal necesario para la realización del objeto del contrato, respecto del que ostentará, a todos los efectos la condición de empresario. En caso de que la empresa contratista incumpla las funciones asumidas en relación con su personal dando lugar a que el órgano o ente contratante resulte sancionado o condenado, deberá indemnizar a éste de todos los daños y perjuicios que se deriven de tal incumplimiento y de las actuaciones de su personal. En concreto, contrae las obligaciones que se relacionan en los apartados siguientes, que tienen, todas ellas, el carácter de obligaciones contractuales esenciales. 20.3.2.- En especial, el contratista está obligado a aplicar durante todo el período de vigencia del contrato, todos los vigilantes de seguridad que prestan servicios en todos los edificios incluidos en el lote o lotes a él adjudicados, todos los derechos y condiciones laborales establecidas en el convenio colectivo sectorial estatal para empresas de seguridad, que estuviere en vigor, o, en su caso, el convenio de empresa vigente que mejore lo dispuesto en el convenio colectivo de ámbito superior, en cuyo caso aplicará el de empresa. El cumplimiento de la obligación relativa a las prestaciones salariales se acreditará mediante certificación mensual, expedida por el jefe de personal o persona encargada del departamento de contabilidad de la empresa acreditativa de que, en el mes de la fecha, se abonaron, a todos las vigilantes de seguridad que prestan los servicios del contrato, las retribuciones fijadas en el convenio que fuere de aplicación con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior. La Administración contratante se reserva la facultad de comprobar la veracidad de la información"».

Por otra parte, en ese mismo Dictamen, hemos señalado lo siguiente:

«La jurisprudencia viene señalando que los pliegos, tanto de cláusulas administrativas como de prescripciones técnicas, constituyen la ley del contrato, cualquiera que sea el objeto de éste (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2012, recurso de casación 71912010). La STS de 25 de junio de 2002 determinaba cuando una obligación era esencial en atención a las circunstancias concurrentes, "el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial", debiendo dilucidar en qué supuestos se trata de verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos».

4. En el presente caso, se ha constatado la condición de obligación contractual esencial que el Pliego confiere a tal obligación (Cláusula 24.8) y se ha acreditado el incumplimiento grave en cuanto al impago de las retribuciones salariales (no se ha ejecutado la sentencia firme del Juzgado de lo Social n.º 2 de Santa Cruz de Tenerife, en el procedimiento de Despido/Ceses en general 698/2022, que condena a la empresa contratista al pago de determinadas cantidades en concepto de salarios de tramitación y daños y perjuicios), así como habiéndosele requerido para que acredite el pago de los salarios, la empresa reconoce que no se han abonado las

cantidades a las que fue condenada y no concreta si ha abonado los meses del año 2023 desde la readmisión de la trabajadora.

En definitiva, nos encontramos ante un incumplimiento grave de una obligación esencial del contratista, contenida en la cláusula 24.8 PCAP (abono de los salarios), lo que, de acuerdo con el art. 211.1.f) LCSP, determina la resolución del contrato con carácter culpable.

En efecto, el impago de los salarios es, en el presente caso, un incumplimiento grave, pues cumple con los requisitos de objetividad (es reconocido por la propia empresa), temporalidad (es continuado y persistente en el tiempo, pues aún no se han pagado la totalidad de los salarios) y relevante cuantitativamente (pues asciende a miles de euros, como confirma la propia empresa).

5. Por lo que respecta a la garantía, cuando el contrato se resuelve por incumplimiento culpable del contratista, deberá ser incautada, al estar sujeta al cumplimiento del contrato -apartado 3 del art. 213 LCSP-, debiendo éste indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados.

Siendo el incumplimiento, como vimos, grave, la consecuencia inevitable es que es culpable, por lo que procede la incautación de la garantía.

En efecto, solo a la concesionaria le es imputable tal incumplimiento, que justifica en que son una empresa joven, con ingresos solo de dos contratos administrativos y con las cuentas embargadas, por lo que no puede hacer frente a dichos pagos.

Por último, la indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía constituida, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.

La Propuesta de Resolución debe pronunciarse expresamente sobre la procedencia de la incautación de la garantía pues, en este punto, se limita a reproducir literalmente la observación contenida en el Informe de los Servicios Jurídicos, sin perjuicio de que la determinación de la totalidad de los daños y perjuicios, como sí refiere, habría de efectuarse en su caso en expediente contradictorio, con audiencia al contratista (art. 113 RGLCAP).

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, que resuelve el contrato del «servicio de limpieza del centro administrativo dependiente de la Dirección General de Trabajo», adjudicado a la entidad (...), se considera ajustada a Derecho al concurrir la causa de resolución contractual esgrimida por la Administración (incumplimiento de una obligación contractual de carácter esencial, las obligaciones salariales para con los trabajadores), tal como se razona en el Fundamento III.