

Dictamen nº: **314/15**
Consulta: **Alcaldesa de Parla**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **10.06.15**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 10 de junio de 2015, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Parla, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato del servicio de *“Suministro e instalación de elementos de sanción automática, para la implantación de un plan de seguridad vial en el municipio de la villa de Parla y asistencia técnica y colaboración en materia de sanciones por infracciones a las normativas de circulación de vehículos en el término municipal y en el ámbito de competencias municipales, incluyendo el apoyo en la gestión y tratamiento de estas sanciones”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 16 de abril de 2015 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo formulada por la alcaldesa de Parla el día 6 de abril, sobre expediente de resolución del contrato *“Suministro e instalación de elementos de sanción automática, para la implantación de un plan de seguridad vial en el municipio de la villa de Parla y asistencia técnica y colaboración en materia de sanciones por infracciones a las normativas de circulación de vehículo en el término municipal y en el ámbito de competencias municipales, incluyendo el apoyo en la gestión y tratamiento*

de estas sanciones”, suscrito con la U.T.E. A – B (en adelante, “*la contratista*”).

Admitida a trámite, con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 252/15, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 34 apartado 1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril, cuyo vencimiento se fijó el 25 de mayo de 2015.

Ha correspondido su ponencia a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 10 de junio de 2015.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, se extraen los siguientes hechos, de interés para la emisión del dictamen:

1.- La Junta de Gobierno Local (JGL) aprobó, mediante Acuerdo de 28 de noviembre de 2013, los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas (documentos nº 1 y nº 2) que habían de regir la adjudicación del citado contrato administrativo de servicios con un presupuesto base de 1.368.773,17 euros, IVA incluido, quedando definitivamente fijada la contraprestación en función de los resultados concretos obtenidos por las gestiones realizadas por la empresa adjudicataria.

La adjudicación a la oferta presentada por la U.T.E. A – C (ésta última, posteriormente, B), se acordó por la JGL el 27 de marzo de 2014 (documento nº 3).

El contrato administrativo se formalizó con fecha de 7 de mayo de 2014 (documento nº 4). Como anexo a ese contrato se firmó un contrato de confidencialidad por el que la contratista se comprometía a no utilizar los datos con fines distintos a los indicados por el Ayuntamiento, a no ceder a terceros los datos ni siquiera para su conservación, a destruir o devolver al Ayuntamiento los datos cuando ya no sean necesarios y a no transferir, duplicar o reproducir todo o parte de la información propiedad del Ayuntamiento y/o datos personales para fines distintos del objeto del acuerdo.

El importe del contrato se fijó en la percepción de un porcentaje del 64%, el primer año, y de un 60%, el segundo año y siguientes, sobre los ingresos efectuados en concepto de multas o sanciones de tráfico en periodo voluntario. Asimismo, durante toda la ejecución del contrato, correspondería a la contratista el 99% de los recargos efectuados correspondientes a los ingresos en periodo ejecutivo.

El plazo de ejecución se fijó en cuatro años, contados a partir de la firma del mismo, pudiendo prorrogarse por periodos anuales por acuerdo expreso de las partes sin que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, superase los seis años.

2.- Con fecha de registro de salida de 29 de enero de 2015 (documento nº 6), el concejal delegado de Actividades, Nuevas Tecnologías y Desarrollo Empresarial al contratista la siguiente documentación:

- Memoria descriptiva de las medidas adoptadas para asegurar la confidencialidad e integridad de los datos manejados y la documentación facilitada.
- Justificante de inscripción en la Agencia de Protección de Datos de los ficheros correspondientes, incluyendo la descripción de las características declaradas.

- Relación de trabajos efectuados, con descripción pormenorizada de cada una de sus fases, indicando el personal que lo efectuó, las dependencias donde se llevó a cabo, y la ubicación de las mismas.

-Relación contractual con la empresa de las personas adscritas al proyecto, formen o no parte de su plantilla.

3.- El requerimiento fue atendido por el contratista mediante escrito presentado el 9 de febrero de 2015 (documento nº 7).

Respecto a la memoria descriptiva de las medidas adoptadas para asegurar la confidencialidad e integridad de los datos manejados y la documentación facilitada, la contratista señaló que todo el personal adscrito al proyecto está sujeto a la normativa de protección de datos, siendo informado de las cláusulas de confidencialidad, conocen la gestión y tratamiento de la información y han firmado un acuerdo específico de confidencialidad. Remite un listado del personal adscrito al proyecto

Respecto a la justificación de inscripción en la Agencia de Protección de Datos del o de los ficheros correspondientes, incluyendo la descripción de las características declaradas, la contratista manifestó no aportar de manera expresa fichero alguno de trabajo ya que son usuarios de la aplicación de gestión integral de Policía (GESPOL), propiedad del Ayuntamiento de Parla, en su módulo de gestión de sanciones, tal y como se requería en el pliego de prescripciones técnicas. Asimismo, señalaba que, según consta en la Agencia de Protección de Datos, el titular del fichero era el Ayuntamiento de Parla.

Destacaba asimismo que los servicios informáticos del Ayuntamiento al permitir el acceso a la citada aplicación solicitaron la identificación de las personas que iban a tener acceso.

Recuerda que la normativa de protección de datos establece que corresponde al responsable del fichero cumplir la normativa en los casos de cesiones de datos. Cita a tal efecto los artículos 12 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y 20 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RPDP). Afirmaba que el Ayuntamiento no había proporcionado directriz alguna de seguridad distinta de lo establecido en el contrato de confidencialidad.

Conforme el requerimiento la contratista aporta una relación del personal que presta el servicio, todos ellos empleados de una de las empresas de la UTE así como dos empresas que actúan como proveedoras, una de ellas para la impresión de las sanciones (Grupo D) y otra para su notificación (Correos y Telégrafos).

Añadía que el personal presencial desarrollaba su trabajo desde las propias dependencias de la Policía Local de Parla, en concreto en la primera planta junto a la instructora de los procedimientos sancionadores mientras que el personal no presencial desarrollaba su trabajo desde las oficinas de Pozuelo de Alarcón y Barcelona, señalando que dicho personal se encontraba aislado del resto, tratando temas relacionados con el servicio solo entre el personal autorizado.

Finalmente, exponía una relación de trabajos realizados en cada una de las distintas áreas del proceso de gestión.

4.- Se incorporaron al expediente los siguientes informes:

4.1.- Informe de la Policía Local de Parla, de 10 de febrero de 2015, en el que se recogen los siguientes incumplimientos del contrato por parte del contratista (documento nº 8):

- No se tiene constancia que se haya implantado un sistema de vigilancia electrónica para el control del acceso a las zonas peatonales y de circulación restringida de la ciudad, con cámaras fijas que permitan la grabación y el reconocimiento automático de placas de matrículas con un mínimo de 6 puntos de acceso.

- No se ha procedido a la equipación de un vehículo de la Policía Local con dispositivos que incorporen un sistema integral de captación y grabación de infracciones y lectura de matrículas.

- No se ha hecho entrega de los dispositivos “*Tablet*” (mínimo de 10 unidades) con sus correspondientes sistemas de impresión, que permitan el tratamiento y consulta de denuncias de tráfico, partes policiales e informes y consultas de situación de personas o vehículos.

4.2.- Informe del tesorero accidental, de 10 de febrero de 2015, que afirmaba, respecto del apartado 1.22 del Pliego (documento nº 9) que no se ha hecho llegar a la Recaudación Ejecutiva Municipal un soporte que contenga información alguna respecto de los expedientes sancionadores no satisfechos una vez transcurrido el periodo voluntario de pago lo cual hace imposible continuar el procedimiento recaudatorio de los mismos, no habiéndose podido emitir la preceptiva providencia de apremio.

4.3.- Informe del Departamento de Informática, de 10 de febrero de 2015 (documento nº 10), que concluía que la contratista había subcontratado desde el principio de la ejecución del contrato los servicios de impresión y de notificación de las sanciones.

Considera que, tanto el pliego de prescripciones técnicas del contrato como la normativa vigente en cuanto a protección de datos de carácter personal, obligan a que exista una autorización previa de cualquier trabajo subcontratado de tal forma que, al no haber el Ayuntamiento de Parla autorizado previa y expresamente a subcontratar a ninguna empresa, se ha

incumplido el contrato, lo que llevaría aparejada, conforme la prescripción 18º del pliego de prescripciones técnicas, la resolución del contrato.

4.4.- Informe del Departamento de Sanciones, de 10 de febrero de 2015 (documento nº 11).

En el mismo se recoge que el citado departamento, que consta únicamente de la firmante del informe y dos auxiliares, ha de tramitar la totalidad de los procedimientos sancionadores del ayuntamiento sin que considere que, entre sus funciones, se encuentra el supervisar o vigilar la ejecución del contrato.

Tras describir el procedimiento sancionador en materia de tráfico destaca que se le han remitido muy pocas propuestas y que las remitidas carecen de la calidad necesaria, formal y jurídica, para su tramitación. Entiende que la normativa expuesta permite entender que la tarea de un instructor de procedimientos sancionadores no se ha de limitar a “firmar” las propuestas de resolución (como afirma se le indicó que era su función tras la celebración del contrato) sino que ha de asignarse a la tramitación un mayor número de empleados municipales al tratarse de tareas que no puede realizar un contratista.

Afirma que la ejecución del contrato ha producido un “colapso” en su departamento al tener que examinar los escritos presentados por los interesados (unos 150 diarios) pudiendo tramitar muy pocas propuestas de resolución.

5.- Vistos los anteriores informes, el 17 de febrero de 2015, el concejal delegado del Área de Seguridad Ciudadana y Movilidad formula una propuesta de inicio de expediente de resolución del contrato.

Considera que ha existido una subcontratación no autorizada y que se han vulnerado obligaciones legales y contractuales en materia de protección

de datos por lo que resulta de aplicación la causa de resolución del artículo 223 h) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

El 18 de febrero de 2015 emite informe jurídico un técnico del departamento de contratación (documento nº 13) que reproduce en gran medida la propuesta de inicio.

El 19 de febrero de 2015 emite informe favorable a la resolución el viceinterventor municipal (documento nº 14).

Por Acuerdo de la JGL, de 19 de febrero de 2015, se acordó iniciar expediente de resolución de contrato aprobando la propuesta del concejal delegado.

De dicho Acuerdo se dio traslado tanto al contratista como a la entidad avalista, E, constando la práctica de ambas notificaciones el 19 de febrero de 2015.

6.- No consta la presentación de alegaciones por parte de E dentro del plazo concedido para ello.

Por su parte, el contratista, con fecha 27 de febrero de 2015, presentó escrito de alegaciones en el que mostraba su oposición a la resolución del contrato, y argumentaba una supuesta vulneración por parte del Ayuntamiento de Parla de los principios de buena fe y confianza legítima en materia de contratación pública.

Afirma que la alcaldesa ha manifestado a medios de comunicación su voluntad de resolver el contrato de mutuo acuerdo con la contratista pero que, al no acceder a ello, ha iniciado el expediente de resolución como represalia.

Destaca que, en relación a los sistemas de control de acceso a zonas peatonales, en ningún momento se ha requerido su implantación sino que el Ayuntamiento les ha manifestado que estaban buscando los puntos de control más propicios. Lo mismo sucede con el vehículo con dispositivos de captación y grabación ya que la contratista dispone de tales dispositivos y está a la espera de que el Ayuntamiento designe el vehículo y características de la instalación que desea (permanente o intercambiable con otros vehículos).

En relación a lo manifestado por el Tesorero destaca que es obligación del Ayuntamiento el emitir los documentos de pago y designar la cuenta para el ingreso de los importes en recaudación voluntaria cuyos saldos podrán ser consultados por el adjudicatario. Tras su requerimiento el 4 de febrero de 2015 se les ha remitido un correo el 19 de ese mes con la información de cobros de los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2014 pero no los de diciembre 2014, enero y febrero de 2015 ni tampoco se les ha comunicado la cuenta restringida y específica.

Tampoco se ha solicitado información por el Tesorero y la información les llegó nueve días después de haber realizado el Tesorero su informe cortándoles el acceso informático ese mismo día.

En cuanto al informe de la responsable de sanciones destaca que del mismo no se deriva ningún incumplimiento sino tan solo la falta de medios del Ayuntamiento.

Considera que no ha incurrido en ninguna subcontratación con la empresa Grupo D ni con Correos y Telégrafos sino que dichas empresas son proveedoras de servicios imprescindibles para la prestación del servicio. En concreto el Grupo D se ocupa del franqueo (que no la impresión) y Correos y Telégrafos se encarga de la notificación.

Afirma que no ha habido cesión alguna de datos y que la utilización de Correos es una exigencia del Ayuntamiento contenida en los pliegos.

Señala que Correos y Telégrafos no admite la emisión de notificaciones administrativas por particulares por lo que solo ofrece la alternativa de realizar estas funciones mediante una empresa que sea agente comercial de Correos y Telégrafos, la cual se encargara del franqueo y la preparación de los envíos conforme el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales.

Añade que tanto Correos como su agente comercial tienen obligación de respetar el secreto y la inviolabilidad de los envíos postales así como la protección de datos conforme los artículos 5, 6 y 7 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal.

Considera que no se ha incumplido ninguna obligación esencial del contrato citando a tal efecto el Dictamen 324/13, de 30 de julio, de este Consejo y el Informe 63/11 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

7.- Vistas las alegaciones formuladas por el contratista, se emitieron los siguientes informes:

7.1.- Informe del Departamento de Informática, de 4 de marzo de 2015, en el que insistía en lo manifestado en su anterior informe, de 10 de marzo, respecto a la subcontratación de determinados servicios por parte del contratista. Entiende que de la documentación presentada por la empresa se puede acreditar que ha habido una cesión de datos a Grupo D sin que sea función de ese departamento el calificar la relación contractual existente

entre esa empresa y la contratista o la normativa en materia postal. Considera que procede la resolución al no haberse autorizado la subcontratación conforme establece la cláusula 18 del pliego de prescripciones técnicas.

7.2.- Informe del Departamento de Sanciones, de 5 de marzo de 2015, en el que se recoge que no se han tramitado muchas sanciones sino la iniciación de procedimientos sancionadores. Se reitera en que se han remitido a su consideración muy pocas propuestas de resolución y que las remitidas carecen de la calidad necesaria, desde el punto de vista jurídico y formal, para su tramitación.

7.3.- Informe de la Policía Local de Parla, de 9 de marzo de 2015, en el que respecto a la implantación de un sistema de vigilancia electrónica para el control del acceso a las zonas peatonales afirmaba que no se tiene constancia que se estuviera a la espera de decidir por parte del Ayuntamiento pero en algunas reuniones con la empresa se creía que al menos uno de los puntos donde se implantaría sería el “*Barrio 2001*” al haber existido en él anteriormente un sistema de acceso por lo que parecía lógico que la infraestructura se hubiera implantado en dicho lugar.

Respecto a la equipación de un vehículo de la Policía Local con dispositivos de captación y grabación se podría haber instalado en cualquiera de los vehículos que comprende la flota de la Policía Local y, respecto de la entrega de las “*Tablets*”, su instalación estaba prevista que fuera en los patrullas destinados al servicio de seguridad ciudadana, quedando pendiente de decidir el tipo de instalación pero, para que la misma fuera posible, previamente se debería disponer de dichos dispositivos, que fueron requeridos a la empresa en varias ocasiones sin éxito.

Considera que, a la vista del pliego de prescripciones técnicas, no parece desprenderse que para la entrega efectiva de dichos equipos y sistemas - aunque algunos deban ser implementados bajo las directrices del Ayuntamiento-, la empresa tenga que esperar siempre el previo “*requerimiento formal*” de la Administración.

7.4.- Informe del tesorero accidental, de 10 de marzo de 2015, en el que reiteraba lo manifestado en su anterior informe de 10 de febrero, y añadía que la contratista confunde período ejecutivo de cobro y procedimiento ejecutivo de apremio.

La providencia de apremio tiene que ser dictada necesariamente por el Tesorero Municipal, al ser una función reservada a la Tesorería municipal según dispone el artículo 5.3 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. Para ello ha de haber transcurrido el plazo voluntario de pago de la sanción que viene determinado por las fechas de notificación. Esta información es gestionada por el contratista desde la primera notificación y a través de los diversos actos administrativos que conforman el procedimiento, se llega a determinar las fechas de vencimiento del período voluntario de pago de las sanciones.

Considera que es a él a quien le corresponde determinar los expedientes que deben ser apremiados a partir de la información suministrada por el contratista, a quien se le exige que la aplicación que sirve para la gestión de las sanciones refleje la situación de los expedientes de acuerdo con la información disponible, facilitando la relación de los mismos, cuyo período voluntario de pago haya expirado.

Si a lo largo de la confección de la providencia de apremio se pusiera de manifiesto la imposibilidad de instruir el oportuno expediente de apremio

por encontrarse abonado, esta circunstancia habría de ser puesta de manifiesto al contratista para actualizar su base de datos y que pudiera facturar el correspondiente ingreso, tal y como ha ido sucediendo a lo largo de estos meses. Del mismo modo, el Ayuntamiento debería comunicar al contratista los cobros efectuados en el transcurso del procedimiento de apremio para que pueda liquidar las cantidades que le corresponden.

Considera que el Ayuntamiento es el primer interesado en la adecuada gestión de los expedientes pero que la empresa no le ha suministrado la información necesaria como se refleja en la aplicación empleada para la gestión de los expedientes sancionadores donde no hay un solo expediente al que le haya sido aplicada la operación de pase a ejecutiva por transcurso de los plazos legalmente establecidos.

Entiende que:

“Podría haber por lo tanto un interés por parte del contratista en dilatar los períodos de pago en período voluntario de las sanciones. Esto se pone de manifiesto en el excesivo período de pago dado en los documentos que sirven de incoación a las mismas, cuarenta y cinco días desde su fecha de emisión y que suponen más del doble del período que concede la ley para su abono con reducción del 50%, y que es de veinte días desde la fecha de notificación.

Hasta la fecha, a quien suscribe, no le consta que por el contratista exista propuesta alguna que incluya expedientes que, de acuerdo con la información disponible, debiendo ser tramitados por el procedimiento sancionador ordinario, se encuentren en la situación que permita la imposición de una sanción; del mismo modo, y en los procedimientos sancionadores que deban ser tramitados por el procedimiento abreviado, tampoco existe propuesta de los expedientes,

que estén en situación de poder ser ejecutados tras el transcurso de los plazos legalmente establecidos para ello”.

Considera que la información debe ser suministrada por la contratista sin que deba ser requerida por ningún órgano municipal. Afirma que ha suministrado información al contratista mediante correos electrónicos habiendo prestado conformidad a las cantidades que han servido de base a las facturas pero no puede dar conformidad al servicio prestado por el contratista, pues no le corresponde tal cometido.

En cuanto a los ficheros enviados el día 19 de febrero fueron enviados a la contratista tan pronto como se detectó que no habían sido remitidos, siendo totalmente ajeno al Tesorero el que el 19 de febrero cortasen el acceso de la contratista a los datos.

Entiende que no hay justificación para que desde el 7 de mayo de 2014 no se haya propuesto una sola relación de expedientes impagados, caducados o prescritos para su estudio y valoración por el Órgano competente municipal.

8.- Previa emisión de informe conjunto por parte de la secretaria general y del técnico de contratación, e informe de la Intervención municipal, con fecha 27 de marzo de 2015 el concejal delegado del Área de Seguridad Ciudadana y Movilidad dictó propuesta de resolución del contrato por incumplimiento del mismo por parte del contratista.

Entiende la propuesta que el contratista ha incumplido lo dispuesto en la cláusula 13 del pliego de prescripciones técnicas que impone el deber de guardar sigilo de los datos que conozca en la ejecución del contrato así como la prohibición de subcontratar los servicios objeto de adjudicación sin autorización previa y expresa del Ayuntamiento.

Considera que se han incumplido los artículos 12, 21 y 86.1 del RPDP.

Por ello y conforme lo dispuesto en la cláusula 27 del pliego de cláusulas administrativas procede la resolución del contrato por *“incumplimiento de la obligación del contratista de guardar sigilo respecto de los datos o antecedentes que, no siendo públicos o notorios, estén relacionados con el objeto del contrato y de los que tenga conocimiento del mismo”* en relación con la cláusula 18 del pliego de prescripciones técnicas que considera causa de resolución el incumplimiento de la normativa de protección de datos conforme el artículo 9.4 de la Ley 8/2001, de protección de datos de la Comunidad de Madrid.

Entiende que el incumplimiento queda acreditado por la documentación y alegaciones aportadas por la contratista al expediente en cuanto a su relación con la empresa Grupo D.

Afirma que, frente a lo afirmado por la contratista relativo al Dictamen 324/13 de este Consejo, se obvia que dicho dictamen cuenta con un voto particular del presidente del Consejo y un consejero según el cual, entiende el Ayuntamiento, las faltas graves permiten resolver el contrato lo cual concurre en este caso al haberse vulnerado una ley orgánica. Por esta razón el Ayuntamiento resolvió el contrato objeto de ese dictamen sin que haya sido recurrido.

9.- En sesión extraordinaria y urgente celebrada por la JGL, de fecha 1 de abril de 2015, se acordó aprobar la propuesta del concejal delegado del Área de Seguridad Ciudadana y Movilidad, y remitir la misma a este Consejo Consultivo, así como suspender el plazo máximo legal para resolver, por el tiempo que medie entre la petición y la recepción del dictamen de este Consejo Consultivo. Dicho Acuerdo fue notificado tanto al contratista como a la entidad avalista.

10.- Con fecha 27 de abril de 2015, la contratista remitió a este Consejo Consultivo un escrito de alegaciones de fecha 17 de abril de 2015 en el

que ratificaba íntegramente las alegaciones presentadas en su anterior escrito entendiéndose que el proceso de resolución del contrato correspondía a una decisión manifiestamente política, afirmando haberlo presentado ante el Ayuntamiento de Parla.

11. A raíz de la presentación del citado escrito, este Consejo el 30 de abril de 2015 acordó, con suspensión del plazo para emitir dictamen, solicitar al Ayuntamiento que informase si efectivamente se había presentado el mencionado escrito y si consideraba procedente modificar la propuesta de resolución o se ratificaba en su contenido.

12. El 21 de mayo de 2015 ha tenido entrada un escrito del Ayuntamiento de Parla acompañando una certificación del acuerdo adoptado el 13 de mayo de 2015 por la JGL ratificando su anterior acuerdo de 1 de abril.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1 f) apartado cuarto de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, a cuyo tenor el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de *“aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”*.

Respecto al procedimiento a seguir para la resolución, debe acomodarse a las prevenciones del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, al ser el texto vigente al momento de iniciarse la resolución del contrato (según doctrina de este Consejo Consultivo), así como a lo dispuesto en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (en adelante RGLCAP).

En este sentido, el artículo 211.3 a) del TRLCSP, establece que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, en los casos de *“a) interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista”*.

La solicitud de dictamen al Consejo Consultivo se ha formulado por la alcaldesa-presidenta del Ayuntamiento de Parla, órgano legitimado para ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.1 de la LCC.

SEGUNDA.- En cuanto al procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 210 TRLCSP, a cuyo tenor *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de esta”*.

El artículo 211.1 del TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se otorgue audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta que el artículo 109 del RGLCAP, vigente a falta de una disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos, exige la audiencia al

avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”, así como informe del Servicio Jurídico. Por otro lado, el apartado tercero del precitado artículo 211 del TRLCSP dispone, como ya se ha indicado, que es preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL), son necesarios los informes de la Secretaría e Intervención municipales.

Conforme la normativa expuesta, resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia al contratista, que ha formulado alegaciones a lo largo del procedimiento. Igualmente se ha dado audiencia a la entidad aseguradora que presta la garantía definitiva sin que haya formulado alegaciones.

Por otra parte han emitido diversos informes los Servicios Técnicos municipales así como la Intervención.

Consta un informe jurídico firmado por la secretaria general del Ayuntamiento y un técnico de contratación (documento nº 24) así como el informe de la Intervención firmado por el viceinterventor (documento nº 25). No consta, sin embargo, el informe de la Asesoría Jurídica, órgano al que corresponde en los municipios de gran población como es el caso de Parla (Acuerdo de 6 de abril de 2006, del Pleno de la Asamblea de Madrid) la función de asesoramiento legal del alcalde, de la Junta de Gobierno Local y de los órganos directivos, conforme establecen el artículo 129 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local y el artículo 56 del Reglamento Orgánico de Gobierno y Administración del

Ayuntamiento de Parla de 12 de julio de 2011 (B.O.C.M. de 23 de junio de 2011).

No obstante, teniendo en cuenta la variedad de informes incorporados al expediente, que brindan al órgano competente suficientes elementos de juicio jurídicos y técnicos respecto de la decisión a adoptar, se considera que la omisión de este trámite constituye una mera irregularidad no invalidante, determinante de anulabilidad (artículo 63.1 LRJ-PAC), pues la ausencia del citado informe no supone un requisito esencial para resolver (así lo hemos considerado por ejemplo en nuestro Dictamen 29/11) máxime cuando ha informado otro órgano municipal encargado del asesoramiento jurídico.

Por último, en cuanto al requisito temporal, en el caso sujeto a examen, la iniciativa de resolver el contrato ha surgido de la propia Administración que inició el expediente de resolución contractual por acuerdo de la JGL de 19 de febrero de 2015

De este modo, no cabe duda de que, en las fechas actuales, el plazo máximo para resolver el contrato, que es de tres meses en virtud de la aplicación supletoria de la LRJ-PAC (en particular, de su art. 42.3), habría expirado. Sin embargo, el procedimiento no incurre en caducidad puesto que se hizo uso de la posibilidad de suspensión del plazo para resolver prevista en el artículo 42.5 c) de la LRJ-PAC al remitir el expediente al este Consejo el 6 de abril de 2015, notificándose esa suspensión al contratista y a la aseguradora que prestó la garantía definitiva. Puesto que la petición del dictamen tiene registro de salida de 14 de mayo de 2015 ello supone que el Ayuntamiento dispondrá de cinco días para resolver una vez que reciba el presente dictamen.

En cuanto al plazo de un mes del que dispone este Consejo para emitir dictamen conviene recordar que al solicitarse información adicional al

Ayuntamiento dicho plazo ha estado suspendido hasta que se recibió la contestación de la Administración-

TERCERA.- Una vez analizados los aspectos relativos a la tramitación, debemos examinar si concurren o no las causas de resolución del contrato, en los términos manifestados en la propuesta de resolución remitida para dictamen de este Consejo Consultivo; dicha cuestión deberá ser resuelta, dada la fecha de adjudicación del contrato, de conformidad con lo establecido en el TRLCSP.

El Ayuntamiento remitió la documentación solicitada que tuvo entrada en este Consejo el pasado 21 de mayo, momento en el que se reanuda el plazo para emitir dictamen.

La causa de resolución en la que se apoya la JGL del Ayuntamiento de Parla es la prevista en el apartado h) del artículo 223 del TRLCSP (“*las establecidas expresamente en el contrato*”) en relación con la cláusula 18 del Pliego de Prescripciones Técnicas según la cual, en el caso de que se incumpliera la normativa de protección de datos, “*(...) se procederá a la resolución del contrato de acuerdo al artículo 9.4 de la Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal en la Comunidad de Madrid*”.

El artículo 9 de la citada Ley establecía:

“1. El tratamiento de datos de carácter personal se sujetará a las medidas de seguridad establecidas en la correspondiente normativa del Estado.

2. Quienes presten servicios de tratamiento de datos de carácter personal a la Comunidad de Madrid y a las Entidades Locales de su ámbito territorial vendrán obligados a cumplir lo previsto en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

3. Los contratos de prestación de servicios de tratamiento de datos de carácter personal deberán ser comunicados a la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid con anterioridad a su perfeccionamiento.

4. El incumplimiento de las determinaciones indicadas en el apartado 2 del presente artículo será causa de resolución del contrato, sin perjuicio de las sanciones que eventualmente correspondan conforme a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y de las responsabilidades que pudieran derivarse por los daños y perjuicios que se ocasionen”.

La Ley 8/2001 fue derogada por la disposición derogatoria única de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas pero, en la medida en la que la causa de resolución prevista en la Ley autonómica derogada fue expresamente incorporada a los pliegos, ha de considerarse aplicable al presente caso aun cuando la normativa estatal en materia de protección de datos no contenga un precepto equivalente.

El Ayuntamiento considera que hubo una cesión incontentada de datos al entender que no se cumplieron las exigencias del artículo 12 de la LOPD tal y como se desarrolla en los artículos 20 y 21 del RPDP.

CUARTA.- La aplicación de la normativa de protección de datos en la contratación pública se contempla en la disposición adicional 26^a del TRLCSP que establece que los contratos que impliquen el tratamiento de datos de carácter personal deberán respetar la LOPD y su normativa de desarrollo de tal forma que el contratista tendrá la consideración de encargado del tratamiento sin que el acceso a esos datos se considere comunicación de datos.

En el apartado 3º de esa disposición se añade que *“En el caso de que un tercero trate datos personales por cuenta del contratista, encargado del tratamiento, deberán de cumplirse los siguientes requisitos:*

- a) Que dicho tratamiento se haya especificado en el contrato firmado por la entidad contratante y el contratista.*
- b) Que el tratamiento de datos de carácter personal se ajuste a las instrucciones del responsable del tratamiento.*
- c) Que el contratista encargado del tratamiento y el tercero formalicen el contrato en los términos previstos en el artículo 12.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.*

En estos casos, el tercero tendrá también la consideración de encargado del tratamiento”.

Esta cesión de datos por parte de los contratistas de la Administración fue analizada por la Agencia Española de Protección de Datos en sus Informes 513/2004, 582/2004 y 538/2007 pasando los criterios recogidos en esos informes al artículo 21 del RPDP según el cual:

“1. El encargado del tratamiento no podrá subcontratar con un tercero la realización de ningún tratamiento que le hubiera encomendado el responsable del tratamiento, salvo que hubiera obtenido de éste autorización para ello. En este caso, la contratación se efectuará siempre en nombre y por cuenta del responsable del tratamiento.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, será posible la subcontratación sin necesidad de autorización siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que se especifiquen en el contrato los servicios que puedan ser objeto de subcontratación y, si ello fuera posible, la empresa con la que se vaya a subcontratar.

Cuando no se identificase en el contrato la empresa con la que se vaya a subcontratar, será preciso que el encargado del tratamiento comunique al responsable los datos que la identifiquen antes de proceder a la subcontratación.

b) Que el tratamiento de datos de carácter personal por parte del subcontratista se ajuste a las instrucciones del responsable del fichero.

c) Que el encargado del tratamiento y la empresa subcontratista formalicen el contrato, en los términos previstos en el artículo anterior.

En este caso, el subcontratista será considerado encargado del tratamiento, siéndole de aplicación lo previsto en el artículo 20.3 de este reglamento.

3. Si durante la prestación del servicio resultase necesario subcontratar una parte del mismo y dicha circunstancia no hubiera sido prevista en el contrato, deberán someterse al responsable del tratamiento los extremos señalados en el apartado anterior”.

La propuesta de resolución considera que el contratista incumplió la normativa de protección de datos (no menciona en ningún momento la Disposición Adicional 26^a del TRLCSP) habida cuenta que no obtuvo la autorización de la Administración para esa cesión, autorización que considera necesaria a partir de lo dispuesto en la cláusula 3.3.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas según la cual el adjudicatario debe realizar directamente los servicios del contratos sin “*posibilidad de su cesión o concierto con los terceros (...) salvo previa y expresa autorización del*

Ayuntamiento” y los artículos 20 .3 in fine del RPDP “No obstante, el encargado del tratamiento no incurrirá en responsabilidad cuando, previa indicación expresa del responsable, comunique los datos a un tercero designado por aquél, al que hubiera encomendado la prestación de un servicio conforme a lo previsto en el presente capítulo” y 21.1 de dicho Reglamento “El encargado del tratamiento no podrá subcontratar con un tercero la realización de ningún tratamiento que le hubiera encomendado el responsable del tratamiento, salvo que hubiera obtenido de éste autorización para ello. En este caso, la contratación se efectuará siempre en nombre y por cuenta del responsable del tratamiento”.

Cita también lo dispuesto en el artículo 86 del RPDP en cuanto que el almacenaje de datos en dispositivos portátiles o su tratamiento fuera de los locales del responsable o encargado del tratamiento requerirá una autorización previa del responsable del fichero.

En realidad, la cláusula 3.3.2 del Pliego de prescripciones técnicas no es de aplicación por cuanto se refiere a la subcontratación para la ejecución de prestaciones del contrato (artículo 227 TRLCSP) y el artículo 86 del RPDP tampoco resulta de aplicación al caso que nos ocupa en el que un contratista de la Administración cede los datos a un tercero para la prestación de servicios necesarios para la ejecución del contratos, supuesto que se rige por lo dispuesto en el apartado 3 de la Disposición Adicional 26^a del TRLCSP y por el artículo 21 del RPDP pero aplicado en su totalidad y no solo el apartado 1 como pretende el Ayuntamiento.

De esta normativa resulta que el contratista de la Administración puede ceder datos a terceros con una serie de requisitos que en el TRLCSP se concretan en que: 1º Que el tratamiento se haya especificado en el contrato entre la Administración y el contratista; 2º Que el tratamiento de datos se ajuste a las instrucciones del responsable y; 3º Que el contratista y el tercero formalicen el contrato conforme el artículo 12.2 de la LOPD.

A su vez, el artículo 21.2 del RPDP admite la cesión sin necesidad de autorización cuando: 1º Se especifiquen en el contrato los servicios que puedan ser objeto de subcontratación y, si fuera posible, la empresa con la que se vaya a subcontratar. En otro caso el encargado del tratamiento deberá comunicar al responsable la identificación de la empresa antes de proceder a la subcontratación; 2º El tratamiento de datos por parte del subcontratista deberá ajustarse a las instrucciones del responsable y; 3º el encargado del tratamiento y la empresa subcontratista deberán formalizar el contrato con arreglo al artículo 20 del RPDP.

En primer lugar debemos destacar que no se ha probado que la empresa a la que la contratista cedió los datos realizase la impresión de las notificaciones puesto que, si bien en un primer momento, la contratista dio a entender que realizaba esa tarea (documento 7) posteriormente afirma que la impresión se realiza por sus trabajadores (documento 18) y que la actuación de la empresa Grupo D se limita a colaborar en la realización de las notificaciones en cuanto agente comercial de Correos puesto que ésta entidad no admite la práctica de notificaciones a solicitud de personas distintas a las Administración Públicas u órganos judiciales.

A este respecto los pliegos, con un contenido que bordea la prohibición contenida en el artículo 301 del TRLCSP, establecen como obligación del contratista *“realizar las notificaciones de forma que permitan una salida masiva en cada emisión”* y *“repcionar todos los acuses de recibo de las notificaciones cursadas por la Sociedad Estatal de Correos o por cualquier entidad notificadora que haya determinado el Ayuntamiento”*.

Por tanto los pliegos reflejan con claridad que las notificaciones se harán por Correos salvo que el Ayuntamiento determine una empresa distinta lo que no consta que se haya producido.

El artículo 51 del Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales aprobado por Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre contempla el que:

“El operador al que se ha encomendado la prestación del servicio postal universal podrá prestar, excepcionalmente y por razón de servicio, alguna o algunas de las operaciones de su actividad, a través de la colaboración de otras entidades habilitadas al efecto, las cuales podrán, en su caso, actuar en nombre y por cuenta del mismo. Dichas operaciones deberán ser de carácter accesorio respecto de la actividad atribuida a dicho operador.

A efectos del párrafo anterior, se entenderá que estas operaciones tienen carácter accesorio exclusivamente cuando estén relacionadas con la recogida, el tratamiento, la clasificación o el transporte”.

La empresa a la que la contratista encomendó diversas tareas en la admisión de las notificaciones tiene la condición (sin que haya sido contradicho por el Ayuntamiento) de agente comercial de Correos y por tanto está amparada para actuar en nombre y por cuenta de dicha entidad.

Ello implica que deba considerarse que la actuación de la empresa se encuentra prevista en los pliegos que expresamente mencionan la intervención de Correos.

Tampoco se puede entender que la contratista haya incumplido las instrucciones del Ayuntamiento en cuanto a la protección de datos ya que las referencias contenidas en los pliegos y el contrato de confidencialidad suscrito por Ayuntamiento y contratista son meramente genéricas y se remiten en todo caso a la normativa de protección de datos.

Por último, el requisito de formalización de un contrato conforme el artículo 12.2 LOPD se ha cumplido al haberse aportado una copia (por más que no esté firmada) del contrato suscrito el 16 de enero de 2012 entre la contratista y Grupo D.

Por tanto no puede decirse que la actuación de la contratista haya incumplido lo establecido tanto en la normativa de protección de datos como en la Disposición Adicional 26^a del TRLCSP y, por ende, no puede considerarse procedente la resolución del contrato conforme la causa del artículo 223 h) del TRLCSP en relación con la cláusula 18^a del Pliego de Prescripciones Técnicas que se remite a la derogada Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid.

QUINTA.- Por último conviene recordar que la resolución de los contratos administrativos, como toda potestad administrativa, ha de ejercerse con objetividad y pleno sometimiento a la Ley y al Derecho con la finalidad última de la mejor satisfacción de los intereses públicos.

A este respecto tanto el Consejo de Estado (Dictamen de 1 de marzo de 1979) como el Tribunal Supremo (sentencia de 16 de mayo de 1997 (recurso 12105/1991) vienen indicando que existe un principio general de conservación de los contratos válidamente celebrados que restringe su resolución a los casos más graves de incumplimiento. Aun cuando esa doctrina se refiere a los supuestos de incumplimiento por el contratista de las obligaciones derivadas del contrato ha de entenderse aplicable igualmente a una causa como la presente en la que el contratista ha de cumplir la normativa de protección de datos. Como hemos indicado no existe base para entender incumplida esa normativa pero mucho menos para considerar que ha habido un incumplimiento grave como parece entender el Ayuntamiento al afirmar que se ha vulnerado un derecho fundamental.

Un contrato como el presente en el que se conceden a una empresa privada tareas relativas a procedimientos sancionadores (entre otras , la redacción de propuestas de resolución) además de plantear serias dudas sobre su adecuación al ordenamiento jurídico (vgr. sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 6 de junio de 2014 (recurso 62/2010)) plantea claros problemas de articulación con los servicios municipales como se muestra en los informes de la Tesorería y del Departamento de Sanciones que aluden a cuestiones que para nada afectan a la causa de resolución que motiva la instrucción del presente procedimiento.

Ahora bien, estos problemas de ejecución contractual deben ser resueltos por el Ayuntamiento y la contratista o, en todo caso, podrían justificar una resolución por mutuo acuerdo o desistimiento de la Administración pero no justifican la interpretación forzada de una causa de resolución como la invocada.

En mérito a lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

No procede resolver el contrato de servicios “*Suministro e instalación de elementos de sanción automática, para la implantación de un plan de seguridad vial en el municipio de la villa de Parla y asistencia técnica y colaboración en materia de sanciones por infracciones a las normativas de circulación de vehículos en el término municipal y en el ámbito de competencias municipales, incluyendo el apoyo en la gestión y tratamiento de estas sanciones*”, suscrito con la U.T.E. A – B, al no concurrir la causa de resolución invocada por la Administración.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento orgánico del Consejo Consultivo.

Madrid, 10 de junio de 2015

