

Dictamen nº:

308/17

Consulta:

Alcalde de Alcalá de Henares

Asunto:

Contratación Administrativa

Aprobación:

20.07.17

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión del día 20 de julio de 2017, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Alcalá de Henares, al amparo del artículo 5.3.d) de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre la resolución del contrato de concesión administrativa del servicio público municipal de gestión del mantenimiento y mejora de la red de regulación de la seguridad vial y de ejecución de nuevas instalaciones del municipio de Alcalá de Henares.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 10 de julio de 2016 tuvo entrada en este órgano consultivo una solicitud de dictamen, relativa al expediente sobre la resolución del contrato de contrato de concesión administrativa del servicio público municipal de gestión del mantenimiento y mejora de la red de regulación de la seguridad vial y de ejecución de nuevas instalaciones del municipio de Alcalá de Henares, correspondiendo la ponencia al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por

unanimidad, en la reunión del Pleno, en su sesión de 20 de julio de 2017.

El escrito de solicitud de dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, obra en el expediente.

Ha de destacarse que no se han remitido a esta Comisión los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, así como la oferta de la contratista en su totalidad, documentos imprescindibles para analizar las causas de resolución invocadas.

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

1. La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcalá de Henares por acuerdo del día 23 de febrero de 2010, acordó aprobar los pliegos de condiciones económico administrativas y prescripciones técnicas para la adjudicación del contrato de concesión administrativa del servicio público municipal de gestión del mantenimiento y mejora de la red de regulación de la seguridad vial y de ejecución de nuevas instalaciones del municipio de Alcalá de Henares con un presupuesto de adjudicación de 273.460 euros/año IVA incluido.

2. El contrato se adjudicó por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 3 de agosto de 2010 a la mercantil Sociedad Ibérica de Construcciones Eléctricas (SICE) S.A. (en adelante, “*la contratista*”) por un importe de 267.874,16 euros/año IVA incluido y con una duración de veintitrés años, debiendo realizar el proyecto de mejora y actualización tecnológica en seis meses y una semana. Además, la contratista se comprometía, además de lo establecido en los pliegos, a las siguientes mejoras:

- Realización a su costa de los trabajos recogidos en el proyecto de mejora y actualización tecnológica aportado.

- Aportación al servicio de los siguientes medios: Se adscribe al Servicio, con descripción del modelo y número de matrícula, 2 vehículos de turismo, 5 furgonetas de 3m y dos camiones dotados de grúa. Presenta una relación de herramientas de taller, portátiles y de laboratorio y una relación nominal del personal, con el siguiente desglose: 1 Ingeniero de Caminos como Delegado, con el 5% de dedicación, 1 Ingeniero de Obras Públicas como Jefa de Obra con el 20% de dedicación, 1 Ingeniero Técnico Industrial como Jefe del Servicio con el 100% de dedicación, 1 Ingeniero Industrial como Director Técnico con el 100% de dedicación, 1 Licenciado en Ciencias físicas como Jefe de Software con el 20% de dedicación, 5 Oficiales 1^a con el 100% de dedicación, 1 Oficial 2^a con el 100% de dedicación, 1 Técnico Administrativo con el 100% de dedicación, 1 Oficial 3^a con el 100% de dedicación y 4 Oficiales 3^a con el 20% de dedicación.

- En cuanto a locales indica en la ciudad uno en la calle Suiza nº 26 del Polígono Jumapi en Alcalá de Henares con una superficie de 300 m que integra almacén, vestuarios, oficinas, laboratorios y servicios. También se relacionan un almacén general en el Camino de Hormigueras de Madrid y una fábrica de componentes en Alcobendas.

- Herramienta informática de información al ciudadano mediante una página web del estado del tráfico. En esta página web con acceso directo para los ciudadanos se mostrará mediante colores el estado del tráfico en tiempo real de las calles de la ciudad, incidencias debidas a obras o acontecimientos, como se podrá visualizar el estado real mediante las cámaras de televisión y el histórico del tráfico en los últimos días.

- Colocación de 40 señales de cruce de peatones, con dispositivos led y alimentación mediante placa solar en 19 centros educativos de la ciudad, viniendo definidos los puntos exactos de colocación.
- Instalación de módulo de cuenta atrás en 172 semáforos peatonales existentes en las calles Avenida de Madrid, Vía Complutense, Avenida de Reyes Católicos, Santiago, Nebrija, Libreros y Avenida de Guadalajara.
- Instalador de 42 avisadores acústicos para invidentes, accionados. En el itinerario comprendido entre la estación de tren y la sede de la ONCE en Alcalá de Henares con 100 mandos a distancia.
- Realizar 90 cruces con regulador centralizado.
- Realizar 103 detectores de tráfico con datos centralizados.
- Montar 19 cámaras de televisión.

Se designó como director de obras y responsable del contrato a un funcionario del Ayuntamiento.

3. El 11 de agosto de 2010 se firmó el contrato. Se constituyó la garantía definitiva por importe de 288.657,50 euros mediante aval del Banco de Valencia (folio 193).

4. El 24 de noviembre de 2016 se solicita informe por la concejala delegada de Seguridad Ciudadana al Servicio de Contratación en cuanto a si puede considerarse una modificación contractual un escrito del responsable del contrato en el que se acuerdan modificaciones respecto del pliego de prescripciones técnicas. El servicio de contratación

responde el 5 de diciembre afirmando que ha de pedirse información a quien firmó ese escrito aun cuando actualmente no sea responsable del contrato. Reiterada la solicitud el 16 de diciembre, el Servicio de Contratación responde el 22 de diciembre indicando que las modificaciones de los contratos son competencia del órgano de contratación.

5. El 5 de diciembre de 2016 se solicita de nuevo informe al Servicio de Contratación indicando que en la oferta de la contratista se omite el concepto de “*sistema de control de accesos urbanos*” que exigía el punto del pliego de prescripciones técnicas por lo que se pregunta si se puede obligar a la contratista a prestar ese servicio. El 22 de diciembre el Servicio de Contratación responde indicando que la contratista está obligada a prestar todos los trabajos recogidos en los pliegos con independencia de que no figuren en la oferta de la empresa.

6. El 16 de enero de 2017 la Concejalía de Seguridad Ciudadana pide informe al Servicio de Contratación en cuanto a la posibilidad de imponer penalidades e incluso resolver el contrato habida cuenta de una serie de incumplimientos de la contratista que detalla:

- No se ha implantado un sistema de control de accesos urbanos.
- Se ha modificado el coste de los servicios de mantenimiento por un acuerdo del responsable del contrato con la contratista.
- No se ha acreditado hasta esa fecha la legalización de las instalaciones pese a que debía hacerlo en tres meses.
- No existe un encargado del servicio desarrollando esa función un auxiliar administrativo.

-No existe en el centro de control una persona con cualificación y conocimiento de las instalaciones ocho horas al día como exige el pliego.

-Las tareas de obra civil se realizan por personal municipal y no de la empresa.

-Existen importantes discrepancias entre el personal (categoría y dedicación) recogido en la oferta y el adscrito al contrato.

-No se han instalado los avisadores acústicos para invidentes.

7. El 24 de enero de 2017 el Servicio de Contratación considera que las penalidades deberán imponerse conforme lo establecido en los pliegos sin que proceda la resolución al no haberse impuesto penalidades hasta la fecha si bien podrá esa apreciación variar en función de la ejecución contractual.

8. El 1 de marzo. la concejala delegada de seguridad ciudadana remite un informe para instar la resolución del contrato en el que se recogen los siguientes incumplimientos:

-No se ha implantado un sistema de control de accesos urbanos (apartado 10 del pliego de prescripciones técnicas). Al considerarse necesario y desconociendo la Concejalía esta obligación contractual se solicitó un presupuesto a la contratista que presentó una oferta por importe de 1.108.845,06 euros.

- El apartado 26 del pliego de prescripciones técnicas recoge la fórmula de cálculo de los precios aplicables a las nuevas instalaciones que fue modificado por un escrito firmado por el anterior responsable del contrato y por la contratista (sello y firma sin identificar).

-El mantenimiento correctivo exigido en el apartado 24 del pliego de prescripciones técnicas exige la realización de obra civil (saneado, canalizaciones, cableado, acometidas, etc.) recogiendo la oferta de la contratista la aportación de 2 brigadas de obra compuestas por un capataz y dos oficiales. Sin embargo todas estas actuaciones se están llevando a cabo por personal del Ayuntamiento recogiéndose un listado de las actuaciones realizadas.

- El apartado 34 del pliego de prescripciones técnicas recoge que deberá existir personal adscrito durante ocho horas al día para la explotación del servicio en el Centro de Control con la cualificación suficiente (FP I o II en informática/gestión industrial y conocimiento necesario de las aplicaciones. Pese a ello ese personal no se ha incorporado como acredita un escrito del subinspector jefe de Policía Local.

- El apartado 28 del pliego de prescripciones técnicas exige la figura de un encargado adscrito en exclusiva al servicio en tanto que la persona designada por la contratista solo tiene una dedicación del 85%.

-La relación de personal recogida en la oferta de la contratista difiere notoriamente tanto en categoría como en dedicación del que presta servicios tal y como resulta del listado facilitado por la contratista.

-No se han implantado los avisadores acústicos activados por mando a distancia ofrecidos por la contratista.

-En la oferta se recogía la instalación de 40 señales dotadas de pictogramas delineados con puntos de luz. En el citado documento

suscrito por el responsable del contrato y la contratista se acuerda el pago por mantenimiento de señales LED para 33 zonas escolares aplicando formulas no recogidas en los pliegos y obviando que se trata de una mejora ofrecida por la contratista.

9. El 6 de marzo de 2017 emite informe el servicio de contratación en el que destaca la posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento de obligaciones esenciales entendiendo, a la vista del informe de la Concejalía, que los incumplimientos tienen ese carácter a la vista de su número e importancia. Recoge el procedimiento a seguir y la posibilidad de declarar la prohibición de contratar.

10. El 15 de marzo la Concejalía de Seguridad Ciudadana remite un informe ampliatorio detallando otros incumplimientos:

-Solo se ha implantado regulador centralizado en 75 cruces semafóricos de los 90 que exigía implantar el contrato en seis meses y una semana desde su firma.

-En ese mismo plazo debían instalarse 19 cámaras en tanto que en agosto de 2016 solo se habían instalado 16.

-No se han realizado todas las tareas de mantenimiento preventivo, en concreto la comprobación de holgura de arquetas y canalizaciones.

-La contratista incumple su obligación de presentar determinada documentación con carácter semanal, trimestral y en función del calendario acordado por adjudicatario y dirección facultativa.

11. El 28 de marzo de 2017 la concejala delegada de seguridad ciudadana propone a la Junta de Gobierno Local el inicio de los

expedientes de resolución contractual y de determinación de los daños y perjuicios ocasionados.

12. El 2 de marzo emite informe la Intervención Municipal en el que valora el coste de las deficiencias en la ejecución del contrato en 1.786.392, 70 euros con un prorratoe por anualidad de 121.905,54 euros.

TERCERO.- La Junta de Gobierno Local en sesión de 31 de marzo de 2017 acuerda el inicio del procedimiento de resolución contractual.

Con fechas 25 de abril de 2017 se da traslado del acuerdo y se concede trámite de alegaciones a la contratista. Se realiza otra notificación del acuerdo el 28 de abril.

Con fecha 28 de abril consta un intento de notificación por el servicio de Correos al Banco de Valencia en la dirección que consta en el documento de garantía procediéndose a la devolución por “*desconocido/a*” (folio 214). Se procede a su emplazamiento por edictos en BOE de 13 de mayo de 2017.

El 28 de abril de 2017 la contratista presenta escrito de alegaciones solicitando la ampliación del plazo para alegaciones y el acceso al expediente. El acceso al expediente se produce el 3 de mayo y el 12 de mayo la Junta de Gobierno Local deniega la ampliación solicitada.

El 8 de mayo de 2017 la contratista presenta escrito de alegaciones (folios 238-290). Considera que el contrato se está ejecutando correctamente como lo demuestran los certificados de buena ejecución expedidos por el Ayuntamiento si bien tuvo conocimiento de las

discrepancias sobre la ejecución al solicitar información sobre el retraso en el pago de determinadas certificaciones.

Considera que ninguna de las obligaciones incumplidas según el acuerdo de inicio es calificada como esencial en los pliegos rechazando la afirmación del Servicio de Contratación en cuanto a que el número e importancia de los incumplimientos permita calificar las obligaciones incumplidas como esenciales ya que ello supondría ignorar el artículo 206 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) frente a lo que había indicado en un informe anterior.

En cuanto a la supuesta modificación la responsabilidad de la misma correspondería al Ayuntamiento pero en realidad se trata de una “*revisión de inventario*” que beneficia al Ayuntamiento ya que, en otro caso, debería pagar 10.287,20 euros más al mes. Además, la revisión de precios aprobada por la Junta de Gobierno de 27 de febrero de 2012 recoge esa revisión.

En cuanto al control de accesos considera que el mismo (sobre el que debía desarrollarse un proyecto de mejora) consistía en un conjunto de pilonas hidráulicas en tanto que el control de accesos sobre el que el Ayuntamiento solicitó un presupuesto consiste en un sistema de control a partir de la lectura de matrículas. Por ello es falso que la oferta no contemplara el sistema de accesos, puesto que preveía la conexión del sistema de accesos existente al nuevo centro de control con la instalación de una nueva versión de software en el centro del control de la Policía, las actualizaciones de hardware y el nuevo equipamiento de comunicaciones necesario.

Considera que esa interpretación se ve respaldada por el pliego de prescripciones técnicas cuando describe que las comunicaciones llegarán hasta el armario de control de la pilona. Todo ello evidencia la

mala fe del Ayuntamiento. Ahora bien, ese sistema de control de accesos fue desmantelado en 2012 a petición del Ayuntamiento y de hecho como la contratista ya sabía al formular su oferta que “*el programa político del partido de gobierno no comulgaba*” con ese sistema de control de accesos por lo que centró su oferta en otros apartados.

En lo relativo a la ausencia de un encargado, afirma que inicialmente se designó a una persona para tal fin pero, que el 20 de diciembre de 2011, el responsable del contrato declaró que tal persona no era necesaria según indicaciones de la Policía Municipal por lo que dicho operador causaría baja procediéndose a reducir 3.616,43 euros en las certificaciones mensuales. Con base en ello califica el certificado de la Policía Local aportado por el Ayuntamiento como “*no veraz*”.

Rechaza que sea necesaria la legalización de las instalaciones eléctricas de conformidad con el reglamento electrotécnico para baja tensión aprobado por Real Decreto 842/2002, de 2 de agosto, puesto que las acometidas que suministran a cruces semafóricos poseen un magnetotérmico inferior o igual a 20 amperios por lo que no necesitan inspección por organismo de control ya que tienen una potencia inferior a 5 kW.

En lo relativo a la dedicación del encargado del contrato afirma que existía inicialmente un encargado que se jubiló en 2014. En ese momento y de forma consensuada con el responsable del contrato se decidió sustituirle con un encargado al 85% y un maestro de taller con dedicación al 30%, sustitución que ha sido aceptada por el Ayuntamiento durante más de dos años.

En cuanto a la obra civil afirma que si bien la oferta establecía que la contratista aportaría dos brigadas de obra civil, éstas lo fueron solo

para la fase inicial, esto es, para el proyecto de mejoras. En la etapa de mantenimiento solo se ofertó una brigada que ha estado en todo momento a disposición del contrato. Respecto a las actuaciones que han sido realizadas por personal del Ayuntamiento se trata de actuaciones competencia de éste y si el Ayuntamiento quiere que la contratista las realice, deberá pagar los precios previstos en los pliegos. Por ello se realizan por el propio Ayuntamiento si bien la contratista ha realizado alguna de estas actuaciones cuando el precio era abonado por compañías de seguros (actos vandálicos).

Respecto al personal adscrito al contrato incide en que hay que distinguir la fase de mejora tecnológica prevista en la oferta y la de mantenimiento que exige recursos humanos inferiores. Afirma que la plantilla adscrita y su dedicación son fruto de un consenso con el anterior responsable del contrato habiendo mantenido “*a la vista, ciencia y paciencia de ese Ayuntamiento*”. Además considera que el personal adscrito aunque tenga menor dedicación es más numeroso con lo cual se solventan mejor problemas como bajas o vacaciones y debe incluirse al personal que presta servicios para este contrato pero en otros centros de trabajo.

En cuanto a los avisadores acústicos afirma que el responsable del contrato les informó que no eran de interés para el municipio ya que solo beneficiaban al portador quedando los invidentes que no dispongan del mismo sin ese servicio. Por ello la contratista “*acordó*” instalar 113 sistemas de sonerías acústicas para invidentes con desconexión nocturna informándose al responsable del contrato de su instalación.

En lo referente a las señales de pasos de peatones con tecnología led entiende que su oferta recogía como mejora la implantación de 40 señales pero, una vez instaladas, su mantenimiento corría a cargo del Ayuntamiento. Por ello, el responsable del contrato realizó una

modificación del inventario a mantener conforme lo previsto en los pliegos (cláusula 14) asimilando el mantenimiento del conjunto de señales de una zona escolar a una instalación semafórica. Igualmente se dieron de alta en el inventario otras instalaciones de este tipo que no habían sido implantadas por la contratista, pero cuyo mantenimiento se consideró necesario por el Ayuntamiento.

En cuanto a las cámaras instaladas considera que sí ha instalado 19, si bien 16 de ellas en nuevas ubicaciones y 3 en lugares donde ya existían cámaras, pero obsoletas. Además, en 2012, se instaló una cámara adicional que no ha sido abonada a la contratista.

Respecto a la centralización de cruces semafóricos afirma que el responsable del contrato les indicó la necesidad de instalar un video Wall con tecnología led en lugar de la tecnología de cubos que figuraba en la oferta, así como la climatización de la sala técnica del centro de control. Es por ello que la contratista dejó de centralizar diversos cruces semafóricos y no suministró una impresora láser.

En cuanto al mantenimiento preventivo de la holgura de cables, se realizó al iniciarse el plazo concesional y se concluyó que era necesario realizar nuevas canalizaciones con aumento de coste. Por ello el Ayuntamiento decidió que si había un mal funcionamiento se actuaría puntualmente. En todo caso considera que sería un incumplimiento leve.

En lo relativo a la aportación de informes destaca que el anterior responsable del contrato les indicó que solo aportasen informes diarios. En el momento que la actual responsable les indicó que aportasen informes tal y como recogen los pliegos, procedieron a hacerlo.

Considera, en suma, que no hay motivos para la resolución, no habiendo acreditado el Ayuntamiento los incumplimientos. Afirma que el Ayuntamiento debería preguntar al anterior responsable, ya jubilado pero *“ligado al Ayuntamiento durante más de 30 años”*. Tampoco considera que las obligaciones incumplidas sean esenciales y entiende que el Ayuntamiento incumple los principios de buena fe y confianza legítima así como la doctrina de los actos propios, de tal forma que de acordarse la resolución sería una decisión arbitraria y desproporcionada además de incurrir en desviación de poder.

Rechaza que se pueda incautar la garantía definitiva.

El 16 de mayo de 2017 emite informe la ingeniera técnica industrial de la Concejalía de Seguridad Ciudadana en respuesta a las alegaciones de la contratista.

Entiende que las alegaciones de la empresa en las que alude a que los cambios en la prestación contractual fueron debidos a acuerdos con el responsable del contrato no pueden admitirse ya que no se adoptaron conforme a lo establecido para las modificaciones contractuales.

Insiste en que el pliego configuraba el establecimiento de un sistema de control de accesos urbanos como una obligación esencial puesto que el pliego de prescripciones técnicas lo configuraba como una *“característica básica”*. Niega que la oferta hablase de un *“sistema de control de accesos existente”* ni que la tal oferta lo que plantease es una instalación de un nuevo software, actualización de hardware o equipamiento de comunicaciones. Resalta que el pliego de prescripciones técnicas exigía expresamente que el sistema de control de accesos comprendiese equipos de lectura de matrículas, espiras, soportes, cámaras de control, hardware, software, etc.

Resalta que la obra civil realizada por personal del Ayuntamiento corresponde a mantenimiento correctivo que debería haber sido realizado por la contratista.

Respecto del encargado en exclusiva, además de recordar lo indicado sobre las modificaciones contractuales, afirma que un maestro de taller nada tiene que ver con el puesto de un encargado.

Se reitera en que los medios humanos adscritos al contrato de Alcalá de Henares no cumplen lo ofertado por la contratista.

Respecto al mantenimiento de las señales led indica que se trataba de una mejora ofertada por la contratista y no debía haberse abonado por el Ayuntamiento. Aporta un informe elaborado por la Policía Municipal el 2 de diciembre de 2016 en el que se indica que, de las 40 señales instaladas, 16 no funcionan por lo que no se ha realizado el mantenimiento en el 47,5% de los casos.

Insiste en que, hasta la fecha, solo se han centralizado 75 de los 90 cruces indicados y rechaza que se instalaran 19 cámaras, existiendo solo constancia de 16.

Considera acreditado el incumplimiento del mantenimiento preventivo y la no aportación de documentación. En cuanto a la legalización de las instalaciones no se llevó a cabo hasta el 17 de diciembre de 2016.

Previamente, el 6 de marzo de 2017 había emitido informe el jefe de servicio de contratación con el visto bueno del secretario-titular del Órgano de Apoyo a la Junta de Gobierno Local que actúa como titular de la Asesoría Jurídica favorable a la resolución contractual. En el

citado informe se hace constar que el mismo sirve para cumplimentar la exigencia de informe del Servicio Jurídico que establece la normativa de contratación pública.

El 2 de junio de 2017 la Intervención Municipal emite un informe complementario en el recoge que en su informe anterior no se incluyeron los intereses de demora por lo que concluye que la cuantía a reclamar a la contratista por excesos de facturación asciende a 731.433,24 euros de principal y 77.763,19 euros de intereses de demora.

Con fecha 2 de junio de 2017, el instructor del procedimiento formula una propuesta de resolución en la que considera acreditado el incumplimiento del establecimiento de un sistema de control de accesos, obligación que califica como principal.

Rechaza que se hayan modificado las condiciones contractuales por medio de los acuerdos con el anterior responsable.

En cambio, considera que la no legalización de las instalaciones no es causa de resolución.

Considera que solo se han instalado 16 cámaras y en cuanto a la centralización de los cruces si bien es un incumplimiento de contrato no sería en sí mismo causa de resolución, pero ha de tenerse en cuenta como un incumplimiento más y lo mismo ha de decirse del mantenimiento preventivo y de la obligación de presentar documentación.

Por todo ello considera que se han producido diversos incumplimientos de tal forma que, considerados de forma conjunta, aun cuando formalmente no tengan la consideración de obligaciones

esenciales justificarían la resolución, citando doctrina del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Por todo ello propone la resolución del contrato y la incautación de la garantía por un importe de 288.657,60 euros, así como la prohibición de contratar con el Ayuntamiento de Alcalá de Henares.

El 5 de junio de 2017 emite informe favorable el interventor general del Ayuntamiento.

La Junta de Gobierno Local aprueba el 2 de junio de 2017 solicitar el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora y suspender el plazo para resolver conforme el artículo 22.1 d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) comunicándolo a los interesados.

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 5.3 f) d. de la Ley 7/2015, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los expedientes tramitados por las entidades locales 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 del sector público”*”.

Al formularse oposición a la resolución del contrato por parte de la contratista, resulta preceptivo el dictamen de este Consejo.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 de dicho reglamento.

SEGUNDA.- El contrato se adjudicó por acuerdo de la Junta de Gobierno de 3 de agosto de 2010 por lo que resulta de aplicación la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público en cuanto normativa vigente en dicho momento.

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio (en el caso, el 31 de febrero de 2017, por acuerdo de la Junta de Gobierno Local), lo que supone la aplicación en el caso analizado del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), en particular de sus artículos 211 y 225.3. Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”*. Con carácter subsidiario se ha de aplicar la LPAC.

En cuanto a la competencia para acordar la resolución de los contratos administrativos, el artículo 210 del TRLCSP dispone que *“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”*.

De conformidad con la disposición adicional 2^a del TRLCSP el órgano de contratación en los municipios de gran población es la Junta de Gobierno Local, teniendo Alcalá de Henares esta consideración por Acuerdo del Pleno de la Asamblea de Madrid de 4 de noviembre de 2004 (BOCM 24 de diciembre de 2004).

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo de tres meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento (art. 25.1.b de la LPAC). En el caso sujeto a dictamen, atendida la fecha de inicio de procedimiento, que tuvo lugar el 31 de marzo de 2017, el procedimiento no está caducado al emitir esta Comisión su dictamen, habiendo hecho uso la Administración de la facultad de suspender el procedimiento de conformidad con el artículo 22.1 d) de la LPAC, que señala que el plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse entre otras circunstancias:

“...Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento”.

En el caso examinado, la aplicación de esta salvedad se relaciona con la suspensión formalmente acordada al solicitar el dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora y notificando esa suspensión a los interesados.

Ha de hacerse una especial referencia al procedimiento, El artículo 114 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril exige en estos casos informe de la Secretaría y de la Intervención Municipal.

El informe de la Secretaría ha de entenderse sustituido por el del titular de la Asesoría Jurídica de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional segunda del TRLCSP en relación con el artículo 129 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. En este caso ha emitido informe el secretario titular del órgano de apoyo a la Junta de Gobierno Local que es titular de la Asesoría Jurídica pero dicho informe ha sido evacuado antes del inicio del procedimiento de resolución.

Igualmente, se ha incorporado al expediente administrativo la oportuna propuesta de resolución, en la que se desestiman las alegaciones de la contratista.

De conformidad con el apartado tercero del artículo 211 del TRLCSP, será 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, como es el caso, en que hay discrepancia en torno a la existencia misma de un incumplimiento contractual. A estos efectos se ha solicitado el informe de esta Comisión Jurídica Asesora conforme lo dispuesto en su normativa reguladora.

Especialmente importante es lo dispuesto en el artículo 211.1 del TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Asimismo, el artículo 109 del RGCAP exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”. En el caso sujeto a dictamen, se ha respetado el derecho de audiencia de la

contratista, que ha formulado las alegaciones que ha tenido por conveniente pero no el de la entidad avalista (especialmente importantes puesto que se propone la incautación de la garantía) por lo que pasamos a exponer.

Obra en el expediente una notificación por el servicio de Correos en la dirección del Banco de Valencia indicada en el documento de garantía (folio 193) en cuya papeleta (folio 214) consta un intento de notificación y la indicación de que el destinatario es desconocido, figurando en blanco las casillas relativas al segundo intento de notificación. El artículo 42 de la LPAC exige expresamente que en las notificaciones en papel se realicen dos intentos de notificación. Ahora bien, el artículo 43 c) 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, permite un solo intento si el destinatario es desconocido al amparo del artículo 59.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Este mismo criterio se recoge en el artículo 44 de la LPAC.

Ahora bien, ha de indicarse que la notificación, tanto en papel como por edictos, se efectuó al Banco de Valencia, entidad de crédito que, previa intervención por el Banco de España en noviembre de 2011 y traspaso de sus acciones al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), fue finalmente adquirido por Caixabanc S.A. que procedió a su fusión por absorción en 2013 (BORME, núm. 111, de 14 de junio de 2013).

Por ello, si bien formalmente la notificación se realizó con sujeción a lo establecido en la Ley, esta Comisión considera necesaria la

notificación a Caixabanc si se desea incautar la garantía, tal y como recoge la propuesta de resolución.

En materia de notificaciones, la jurisprudencia se muestra especialmente garantista con la finalidad de evitar situaciones de indefensión. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2015 (recurso 1302/2014) recuerda que:

“Desde luego, el recurrente si hubiera extremado su diligencia, participando al TEAC su nuevo domicilio, no hubiera dado lugar a la notificación edictal. No obstante, ha de reconocerse que, esta Sala viene interpretando que la notificación edictal es residual, requiriendo el agotamiento previo de las otras modalidades que aseguren en mayor grado la recepción por el destinatario de la correspondiente notificación, así como que no conste el domicilio del interesado o se ignore su paradero (sentencias de 10 de noviembre de 1993, 23 de febrero de 1996, 13 de marzo de 1997 y 21 de enero de 2003, entre otras).

Esta misma orientación, en cuanto a la procedencia y validez de las notificaciones edictales, ha sido también seguida por el Tribunal Constitucional, al examinar actos de comunicación de los órganos jurisdiccionales.

De acuerdo con el Tribunal Constitucional la notificación por edictos tiene un carácter supletorio y excepcional, debiendo ser considerada como remedio último, siendo únicamente compatible con el artículo 24 de la Constitución, si existe la certeza o, al menos, la convicción razonable de la imposibilidad de localizar al demandado (sentencias 48/82, 31 de mayo, 63/82, de 20 de octubre, y 53/03 de 24 de marzo, entre otras muchas), señalando, asimismo, que cuando los demandados están suficientemente identificados su

derecho a la defensa no puede condicionarse al cumplimiento de la carga de leer a diario los Boletines Oficiales.

La sentencia recurrida no tuvo en cuenta esta doctrina, por lo que infringió la normativa reguladora de las notificaciones así como la doctrina jurisprudencial que la interpreta, por lo que procede estimar el recurso, y casar la sentencia, declarando, en su lugar, la improcedencia de la notificación edictal practicada, pues tuvo lugar, con sólo un intento fallido de la notificación postal y sin la realización de actividad alguna por el Tribunal para averiguar el domicilio del obligado, que fue conseguido fácilmente cuando se personó un agente tributario a notificar otra resolución para la ejecución del fallo del TEAC, dándose además la circunstancia que en este caso se comunicó a la Administración el cambio de domicilio de la sociedad, efectuándose también la inscripción en su momento en el Registro Mercantil de Barcelona, por lo que sin arduas y complejas indagaciones fácilmente se hubiera podido localizar al reclamante”.

En el mismo sentido la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2017 (recurso 2638/2015) recuerda que:

“La notificación personal debe realizarse siempre que, sin esfuerzos desproporcionados, la Administración pueda obtener el domicilio actual del interesado (sentencias 6/2017 , 200/2016 , 151/2016 , 150/2016 , 181/2015 , 137/2014 , 136/2014 , 126/2014 , 59/2014 , 30/2014, entre muchas otras)”.

En este caso, el hecho notorio de la disolución del Banco de Valencia así como su absorción por Caixabanc hacen que la notificación por edictos no pueda considerarse como válida por lo que deberá notificarse la existencia del procedimiento a Caixabanc concediendo a la

citada entidad el plazo de diez días para alegaciones, lo que puede hacerse bien en su domicilio social o bien en alguna de sus sucursales.

Lo contrario conllevaría a que una eventual resolución con incautación de la garantía no podría llevarse a efecto ya que, al pretender ejecutar el aval, habría que averiguar la dirección del avalista pudiendo este afirmar que, si se le ha localizado para ejecutar la garantía, también podría habersele localizada para concederle audiencia.

Por tanto, procede retrotraer el procedimiento para conceder audiencia a Caixabanc. Si formulase alegaciones la Administración deberá analizarlas en una nueva propuesta de resolución y, en caso contrario, ratificar la anterior propuesta de resolución.

Tras ello solicitar el dictamen de esta Comisión, suspendiendo el plazo para resolver conforme el artículo 22 de la LPAC y teniendo en cuenta lo indicado sobre la necesidad de remisión de los pliegos y de la oferta de la contratista.

En mérito de cuanto antecede, esta Comisión Jurídica adopta la siguiente,

CONCLUSIÓN

Procede retrotraer el procedimiento para conceder trámite de audiencia a Caixabanc en cuanto entidad avalista con carácter previo a la remisión a esta Comisión para nuevo dictamen con remisión de los pliegos y la oferta.

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 esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 20 de julio de 2017

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 308/17

Sr. Alcalde de Alcalá de Henares

Pza. de Cervantes, 12 – 28801 Alcalá de Henares