

## NECESIDAD DE AUDIENCIA AL AVALISTA O ASEGURADORA EN LOS CASOS DE INCAUTACIÓN DE GARANTÍAS AL CONTRATISTA COMO CONSECUENCIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS CULPABLES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

El Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público señala: “*Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que excede del de la garantía incautada*”.

Con este artículo queda claro que no es posible incautar de forma automática la garantía definitiva. De acuerdo con lo previsto en el art. 113 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar el contratista en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, “... se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración”. Una vez determinados los daños y perjuicios que se

hayan podido causar, se incoará un nuevo procedimiento para incautar de la garantía definitiva en el montante que resulte necesario para indemnizar los daños y perjuicios causados, no obstante si ésta no fuera suficiente para indemnizar la cuantía total, de acuerdo con el art.101.2 del TRLCSP se acudirá al procedimiento administrativo de apremio.

Entendemos que tanto en este procedimiento de incautación de la garantía, como en cualquier otro procedimiento previo que afecte a dicha garantía, como por ejemplo la propia resolución culpable del contrato como el procedimiento de cuantificación de daños y perjuicios ocasionados, además de al contratista, es procedente dar audiencia al avalista o asegurador.

A tal efecto, basta referirnos a lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de Octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la cual señala en su artículo 40 que se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, en los términos previstos en el artículo siguiente. La notificación tiene por objeto asegurar que los interesados en un procedimiento administrativo conozcan el contenido y alcance de

los actos que les afectan y, en su caso, puedan reaccionar contra ellos. Es por tanto, junto con la publicación, un mecanismo esencial de comunicación, de puesta en conocimiento al destinatario del acto administrativo del contenido de éste y de sus consecuencias, pero también de las posibilidades y plazos de los que dispone para oponerse al mismo en atención a su naturaleza, poniendo en marcha el cómputo del plazo para que un acto administrativo adquiera firmeza.

De acuerdo con el artículo 4 de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre, se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

- a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.
- b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, **tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte**.
- c) Aquéllos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

Por tanto, no cabe negar la condición de interesado al avalista o aseguradora en todos aquellos procedimientos que tengan efectos sobre dicha garantía y que, finalmente puedan conllevar la incautación y ejecución de la misma. La omisión de ese trámite según reiterada jurisprudencia es motivo de nulidad.

La necesidad de dar audiencia al avalista o asegurador, ha sido señalada en reiterados dictámenes, -DCE\_173/2010; DCE\_1246/2009; DCE\_1196/2007; DCE 188/2003- por los distintos consejos consultivos, si bien sólo referida a la incautación de la garantía con ocasión de la resolución del contrato, únicos supuestos en que es preceptiva la intervención de tales órganos sobre asuntos que conllevan aquella incautación.

En su dictamen CC\_MAD\_015/13, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid va más allá, y considera que ante una propuesta de resolución contractual, el avalista no sólo debe ser notificado respecto a la existencia de tal propuesta, sino también de **cualquier incidencia del procedimiento**, y así, aun cuando en su momento el avalista o asegurador no hubiese formulado alegaciones en el trámite de audiencia, debe de notificársele el acuerdo de suspensión del plazo para resolver y notificar la resolución, y dado que en el supuesto analizado, dicha comunicación no tuvo lugar, considera el Consejo que carece de virtualidad suspensiva el acuerdo de suspensión del procedimiento.

En definitiva, la necesidad de que la entidad avalista o compañía aseguradora sea parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía se trata de una cuestión que ha sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia en numerosas ocasiones y que

**Circular nº 9**

**septiembre 2017**

**Página 3/3**

ocasiona la nulidad de lo actuado sin audiencia del tercero que garantizaba la correcta ejecución de la prestación y la retroacción de las actuaciones al momento de dicho trámite. Si bien, teniendo en cuenta la doctrina de la STS de 2 de julio del 2001, la audiencia del interesado no es un valor absolutamente formal que, en todo caso determina una nulidad para el supuesto de no haberse producido en el momento procedural previsto legalmente, sino que tanto en el ámbito administrativo como en el procesal, su eficacia invalidante queda vinculada al hecho sustantivo de que se hubiera producido indefensión.

En conclusión, la sustanciación de este trámite es necesaria en el procedimiento de resolución contractual, así como cualquier otro trámite que pueda afectar a la garantía, ya que como declara la STS de 11 junio 2002, el avalista tiene el concepto de interesado en el procedimiento de resolución contractual cuando ésta lleva consigo la pérdida de la fianza, por la lesión económica en sus derechos que se puede derivar.