



Elvira Torres Benito
Profesora IE Law School



Jesús Jimeno Muñoz
Abogado

LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LAS PLATAFORMAS DE ECONOMÍA COLABORATIVA.

- Necesaria audiencia a las aseguradoras en los procedimientos administrativos ■ Concurrencia de responsabilidades entre el cliente y el asesor fiscal por sanciones tributarias
- La inconstitucionalidad del artículo 76 e) de la LCS ■ Nueva cuestión prejudicial planteada al TJUE sobre el concepto de hecho de la circulación.

NECESARIA AUDIENCIA A LAS ASEGURADORAS EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS QUE AFECTEN A LAS GARANTÍAS PRESTADAS A PRIMER REQUERIMIENTO

Vanessa Fernández Ferre

Abogada Socia de HispaColex Bufete Jurídico
Directora Departamento Derecho Administrativo

1. PRECEPTIVO TRÁMITE DE AUDIENCIA A TODOS LOS INTERESADOS EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

El trámite de audiencia en los procedimientos administrativos se encuentra reconocido en la vigente Ley 39/2015, 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en concreto, en su artículo 82, el cual establece:

“1. Instruidos los procedimientos e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados (...).

2. Los interesados, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince días, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes”.

De conformidad con lo anterior, siendo las compañías aseguradoras parte interesada en los procedimientos administrativos que puedan conllevar la incautación, ejecución y reintegro de las garantías aportadas a la Administración Pública para garantizar posibles incumplimientos en el ámbito de la contratación pública, urbanización y/o subvenciones públicas, debe dársele necesariamente trámite de audiencia, a fin de poder alegar y aportar cuantos documentos estimen oportunos.

En este sentido, ya el propio artículo 105 de la Constitución Española recoge un mandato constitucional relativo al derecho de los ciudadanos a ser oídos en los distintos procedimientos administrativos en los que tengan la condición de interesados.

De igual forma, el artículo 40 de la Ley 39/2015, 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones

estudios críticos

sumario

- 1. PRECEPTIVO TRÁMITE DE AUDIENCIA A TODOS LOS INTERESADOS EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS.**
- 2. QUIÉNES SE CONSIDERAN PARTE INTERESADA EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS.**
- 3. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE NOTIFICACIÓN A LAS ASEGURADORAS DEL TRÁMITE DE AUDIENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS.**
- 4. TRÁMITES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE INCAUTACIÓN Y EJECUCIÓN DE GARANTÍAS.**
- 5. INCAUTACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS SOLO EN LOS SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO CULPABLE DEL CONTRATISTA.**
- 6. ESPECIFICIDADES DEL TRÁMITE DE AUDIENCIA EN MATERIA DE SUBVENCIONES.**
- 7. CONCLUSIONES FINALES.**

Públicas, señala que se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses legítimos.

2. QUIÉNES SE CONSIDERAN PARTE INTERESADA EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Conforme el citado artículo 40 de la Ley 39/2015, 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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".

En definitiva, a tenor de lo dispuesto en la ley de procedimiento administrativo no cabe

negar a las aseguradoras la condición de interesadas en todos aquellos procedimientos administrativos que tengan efectos directos sobre las garantías prestadas a primer requerimiento y que, finalmente puedan conllevar la incautación, ejecución y reintegro de la misma.

3. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE NOTIFICACIÓN A LAS ASEGURADORAS DEL TRÁMITE DE AUDIENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

La omisión del preceptivo trámite de notificación del plazo de audiencia a las aseguradoras según reiterada jurisprudencia es motivo de nulidad del acto administrativo. 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.

En caso de ausencia del trámite esencial de audiencia a esta parte interesada, las compañías aseguradoras, siendo parte afectada en los procedimientos administrativos que puedan conllevar la incautación, ejecución y reintegro de la garantía, impidiendo e imposibilitando su derecho a defenderse adecuadamente y presentar cuantas alegaciones y documentos estimase oportunas, nos encontraremos ante un acto administrativo nulo de pleno derecho a tenor de lo dispuesto en el artículo 47.1 a) y e) de la vigente Ley 39/2015, 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en cuanto que se lesiona el derecho fundamental de defensa de la compañía aseguradora y se dicta el acto administrativo definitivo de ejecución de la garantía, prescindiendo de un trámite esencial y fundamental del procedimiento administrativo causante de indefensión y con

la consiguiente infracción del ordenamiento jurídico.

En este sentido, son numerosos los dictámenes preceptivos de Consejos Consultivos donde resuelven en sentido favorable a la nulidad de la resolución de incautación de garantía, reintegro y ejecución de dicha garantía, dado la falta del trámite preceptivo y esencial de audiencia a la compañía aseguradora, parte interesada y afectada (al ser la entidad que prestó la garantía y se encuentra afectada por el pago)!

La necesidad de dar audiencia a las aseguradoras, ha sido señalada en reiterados dictámenes del Consejo de Estado -DCE 173/2010; DCE 1246/2009; DCE 1196/2007; DCE 188/2003-, así como por los distintos consejos consultivos, si bien sólo referida a la incautación de la garantía con ocasión de la resolución culpable del contrato, únicos supuestos en que es preceptiva la intervención de tales órganos sobre asuntos que conllevan aquella incautación.

No obstante lo anterior, 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 aseguradora resulta parte interesada en todos los procedimientos administrativos que afecten a la garantía y, por lo tanto, debe serle notificado el trámite de audiencia en todos aquellos procedimientos administrativos con posibilidad de presentar alegaciones y cuantos documentos estime oportunos, se trata de una cuestión que ha sido puesta de manifiesto por los Consejos Consultivos de distintas Comunidades Autónomas y por nuestro Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, donde se resuelve declarando 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 Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de julio de 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 procedimental 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.

4. TRÁMITES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE INCAUTACIÓN Y EJECUCIÓN DE GARANTÍAS

Como ha puesto de relieve BARRERO RODRÍGUEZ el procedimiento difiere en dos casos, a saber²: según que se trate de supuestos en que no existen daños y perjuicios o éstos son inferiores al importe de la garantía definitiva en que no parece sino que el acto administrativo por el que se dicta la resolución del contrato, previa audiencia del contratista, debidamente motivado será suficiente para proceder a ejecutar la garantía si bien el mismo, no necesariamente ha de alcanzar su importe definitivo en todos los supuestos; o el supuesto de que ello no sea así y haya de tramitarse un procedimiento ulterior para la determinación de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento contractual que ocasiona la resolución del contrato.

A tenor de la doctrina jurisprudencial, cabe conceptualizar como trámites esenciales del procedimiento administrativo de incautación y ejecución de la garantía: su iniciación mediante acuerdo adoptado por el órgano competente, la sustanciación de los actos de instrucción que se estimen precisos, el otorgamiento de audiencia al promotor, **aseguradora** y demás interesados, la emisión de informe por parte de los servicios técnicos y jurídicos de la Administración actuante, la obtención del informe de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo en los supuestos de ejecución

estudios críticos

de garantías prestadas en materia urbanística, debiendo elaborarse con posterioridad, a la visita del resultado de las actuaciones realizadas, la correspondiente propuesta de resolución, para concluir; en el caso de que se hubiera mostrado oposición por el promotor o la entidad aseguradora, con la solicitud del preceptivo dictamen del órgano consultivo³.

Por otro lado, no puede obviarse que es doctrina jurisprudencial asentada que la relación jurídica entre la Administración y el agente urbanizador derivada de la adjudicación de un proyecto de urbanización es de naturaleza contractual, aunque no privada, de manera que le resulta aplicable la legislación de contratos del sector público.

El ejercicio de la prerrogativa resolutoria, ejecución de garantía, así como el análisis de las exigencias procedimentales que la acompañan requerirán atender a la mencionada normativa contractual recogida en la legislación de contratos del sector público, debiendo atender a dicha normativa tanto si nos encontramos en materia de contratos públicos como si nos encontramos en materia urbanística⁴.

En este sentido, de conformidad con el apartado 2 del artículo 46 del ya derogado Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada en los términos previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común⁵.

En el mismo sentido, el artículo 97.2 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se pronuncia en términos similares:

"El avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada en los términos previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común".

Por otro lado, el artículo 225 TRLCSP señala: "3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá in-

demnizar 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. 4. En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida".

En consonancia con lo anterior y con los artículos 4.1 y 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el 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, contempla en su artículo 109 relativo al "Procedimiento para la resolución de los contratos", como uno de los requisitos con que ha de contar el mismo, la "**[...] b) Audiencia [...] del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía**".

Conforme a lo previsto en el artículo 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.

Con estos artículos, aunque se trata de una cuestión objeto de debate doctrinal como veremos a continuación, queda claro que no es

posible incautar de forma automática la garantía definitiva, debiendo en primer lugar, ser declarada la resolución culpable del contrato por incumplimientos del contratista y, en segundo lugar, cuantificar los daños y perjuicios ocasionados por los incumplimientos del contratista, tras lo cual, cabrá incautar a garantía solo por el importe necesario para indemnizar dichos daños y perjuicios acreditados y previamente cuantificados.

Entendemos que tanto en el 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 y el procedimiento de cuantificación de daños y perjuicios ocasionados, además de al contratista, es necesario dar audiencia al asegurador, al tratarse todos ellos de procedimientos administrativos que tienen efectos sobre la garantía prestada.

5. INCAUTACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS SOLO EN LOS SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO CULPABLE DEL CONTRATISTA

Sobre la incautación de la fianza o garantía, si no hay incumplimiento culpable del contratista, no procede la incautación de la misma. Así lo ha declarado numerosa jurisprudencia (SSTS 9 de abril de 2008; 21 de diciembre de 2007; STSJ C. Valenciana 6 de mayo de 2004). La incautación de la garantía solo puede acordarse por el órgano de contratación en el caso de resolución culpable del contrato, pero no por cualquier causa (por ejemplo, por falta de abono del ICIQ por parte del contratista) o por impago a proveedores porque en estos casos no hay realmente perjuicio (Informe 8/2011, 27 de octubre, de la JCCA Cataluña). Se exige un incumplimiento total y doloso (que conduzca a la resolución contractual) y no solo parcial por culpa o negligencia (SAN 28 de noviembre de 2012). Ni tampoco tal incautación procede cuando (según la STSJ Castilla y León de 21 de noviembre de 2008), pese a resolverse el contrato (de asistencia técnica por incumplimiento del plazo de ejecución), hubo alguna falta de diligencia de la Administración en velar por el cumplimiento del contrato. O cuando puede aplicarse concurren-

cia de culpas (SSTS de 14 de diciembre de 2001 y de 14 de junio de 2002, Dictamen 694/2011, del Consejo Consultivo de Canarias de 21 de diciembre de 2011; STSJ Castilla y León -Valladolid-, 716/2012, de 13 de abril; alegando además el principio de equidad).

Solo si hay incumplimiento negligente del contratista procede la resolución del contrato e incautación de la fianza (STS de 6 de junio de 2007; STSJ Baleares de 8 de mayo de 2002; STSJ Cantabria de 1 de octubre de 2007, **ordenando además que la indemnización del contratista se determine en un procedimiento distinto**; Dictamen 493/2007, de 14 de diciembre, del Consejo Consultivo Canario).

En definitiva, el art. 225.3 TRLCSP no contempla referencia alguna a la incautación automática de la garantía, sino que circunscribe las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, de manera que si el importe de la fianza es superior al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma restante. Siendo necesario tramitar un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios.

Se entiende pues, respecto de la fianza y los daños (así, por la STSJ Murcia de 24 de febrero de 2012) que la incautación de la fianza tiene como fin resarcir daños y perjuicios efectivamente causados, por lo que si tales daños son menores que el importe de la garantía corresponde devolver la diferencia al contratista.

Sin embargo, la redacción dada por la anterior legislación de contratos del año 2000 inclinaba a interpretar el carácter punitivo de la incautación de la garantía definitiva, de modo que acreditado el incumplimiento culpable del contratista se incautaba todo el importe de la fianza independientemente de que los daños y perjuicios fueran menores. Y, en el caso de que la cuantificación de los daños fuera mayor que el importe de la fianza el contratista había de abonar la diferencia. Hoy día parece evidente el criterio de limitar la fianza a la cifra de los daños reales causados con devolución del resto (Dictamen del Consejo de Estado 186/2011, de

estudios críticos

10 de marzo), postura que parece más razonable, ya que uno ha de responder de los daños que realmente causa.

Refiriéndonos a la reciente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo Consultivo 2014/23/U y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE 9 de noviembre de 2017), la cual entrará en vigor el próximo día 9 de marzo de 2018 al tener una *vacatio legis* de cuatro meses desde su publicación en el *boletín oficial del estado*, debemos adelantar que se pronuncia en el mismo sentido que el vigente texto refundido de 2011 en materia de contratos de sector público sin establecer novedades especialmente relevantes en materia de incautación de garantía o fianza por resolución culpable del contrato con objeto de indemnizar los daños y perjuicios realmente ocasionados y previamente cuantificados.

6. ESPECIFICIDADES DEL TRÁMITE DE AUDIENCIA EN MATERIA DE SUBVENCIONES

Por último, refiriéndonos en concreto al ámbito de la subvenciones, si bien extrapolable al resto de garantías que se presten ante la Administraciones Públicas, cabe poner de relieve que conforme a la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la Sentencia de 10 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 9164) , Sentencia de 24 de junio de 2008 (RJ 2008, 4292) y Sentencia de 30 de enero de 2015 (RJ 2015\485), a los garantías prestadas en cumplimiento de obligaciones contraídas por el beneficiario de ayudas públicas, le resulta aplicable, a pesar de su carácter administrativo, las bases reguladoras que sustentan la figura contractual de la fianza, y, específicamente, el artículo 1.853 del Código Civil, **lo que determina que no se pueda relegar la posición del fiador frente al acreedor a la de un simple ejecutado, sin posibilidades de defensa**, cuando puede ocurrir que el deudor haya hecho dejación de sus excepciones en procedimiento seguido para hacer efectiva la deuda,

que pueden ser distintas a las muy limitadas que se prevén contra la providencia de apremio⁶.

Esta doctrina jurisprudencial comporta que a los avales y garantías constituidas resulta aplicable el artículo 1.281 del Código Civil. Al respecto, destacar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002 (RJ 2002, 7931)⁷.

7. CONCLUSIONES FINALES

Como conclusión de todo lo anterior, la falta de audiencia a la compañía aseguradora en todos aquellos trámites y procedimientos administrativos que puedan afectar a la garantía prestada es un trámite esencial cuya omisión vicia de nulidad la resolución que en su caso se dicte que afecte a dicha garantía tanto en materia de contratos público como en materia urbanística y de subvenciones.

La sustanciación del trámite de audiencia a la compañía aseguradora es necesaria en el procedimiento administrativo de resolución contractual, así como cualquier otro trámite administrativo que pueda afectar a la garantía, ya que como declara la STS de 11 junio 2002, el asegurador 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.

Lo dispuesto en la legislación, su interpretación jurisprudencial y doctrinal nos permiten concluir sin ningún género de dudas que las entidades aseguradoras sí pueden exigir al asegurado o beneficiario del contrato de seguro de caución “a primer requerimiento” la acreditación previa del incumplimiento de las obligaciones del tomador del seguro, no sólo en vía administrativa sino también en vía jurisdiccional, en todas sus posibles instancias.

El contrato de seguro de caución con cláusula “a primer requerimiento” no constituye, por tanto, una garantía incondicional, autónoma o absolutamente abstracta en el ámbito de la contratación administrativa ni por supuesto en las garantías que se presten en otras ámbitos del derecho administrativo tales como obras de urbanización o garantías en materia de subvenciones.

estudios críticos

notas

(1) Dictamen 127/2012, de 20 de junio, emitido por el Consejo Consultivo de Castilla La Mancha:

"Las garantías son un medio de facilitar la ejecución o cumplimiento de los contratos constituyéndose con la finalidad de garantizar el estricto cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la relación contractual -tal como queda reflejado en el convenio urbanístico en el presente caso- por lo que tienen el carácter de negocio jurídico accesorio y quedan por ello supeditadas a la suerte de la relación principal. Por ello se exige que de forma previa a la incautación de la garantía prestada y para no causar indefensión se oiga a quien la ha prestado.

En este sentido el Tribunal Supremo atribuye efectos invalidantes a la omisión del trámite de audiencia a las entidades avalistas en procedimientos administrativos seguidos para la incautación de fianzas. Así, en la Sentencia de 14 de mayo de 1991 (RJ 1991/4146), fundamento jurídico 4º y 5º, declara que "teniendo en cuenta que la resolución del contrato por culpa del contratista privado lleva aparejada la pérdida de la fianza -artículo 160 del Reglamento de Contratos del Estado- y teniendo en cuenta que la fianza no la prestó en este caso el contratista privado sino un tercero, que es la entidad recurrente, esta era indudablemente un interesado en el procedimiento tramitado para la resolución del contrato y la pérdida de la fianza que constituyó, y por tanto debió ser oído en dicho expediente.

Razona la sentencia apelada que la omisión del trámite de audiencia de la entidad en el expediente municipal no es causa de nulidad radical al no haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido ni tampoco es motivo de anulabilidad al no haberse producido indefensión a dicha entidad ya que pudo alegar los motivos de defensa que estimara oportunos tanto en el recurso de reposición como en vía jurisdiccional. Pero este razonamiento no es admisible ya que a esta omisión del trámite ha de unirse el de la falta de prueba de la culpa del contratista privado que determina la pérdida de la fianza y hallándonos, como nos hallamos, ante una sanción como es la pérdida de la fianza prestada la audiencia del sancionado -en este caso la entidad aseguradora- es un trámite esencial como lo es el de todo sancionado en el expediente sancionador cuya omisión es causa de nulidad radical y así debe declararse. Este criterio es el seguido por los Tribunales Superiores de Justicia que en casos semejantes acuerdan la nulidad del procedimiento y la retroacción de actuaciones, como por ejemplo las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid, de 18 de enero de 2001 (JUR 2001/132374); Andalucía, de 31 de mayo de 1999 (RJCA 1999/1412); Extremadura, de 18 de diciembre de 1998 (RJCA 1998/4621); La Rioja, de 2 de diciembre de 1996 (RJCA 1996/2260) o Aragón, de 7 de marzo de 2001 (JUR 2001/284117).

(2) Sin duda el estudio más acabado sobre la materia al que íntegramente nos remitimos es el ya citado de **BARRERO RODRIGUEZ, C.**, *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Lex Nova, 2.^a edición, diciembre 2011, págs. 349 y ss.

(3) Sentencia de TS, Sala 3^a, de lo Contencioso-Administrativo, 27 de Abril de 2001:

"El avalista es parte interesada en el procedimiento de resolución contractual cuando esta lleva consigo la pérdida de la fianza.

Y debe recordarse que la necesidad de la **observancia del trámite de audiencia, respecto de los interesados**, aparecía establecida en el art. 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, y ha sido mantenida en el actual art. 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -LRJAP/PAC-.

Es por ello acertada la argumentación de la sentencia recurrida que así lo considera, y atribuye efectos invalidantes a la omisión del trámite de audiencia correspondiente a dicho interesado.

Por lo cual, no son de apreciar las infracciones que han sido reprochadas a la sentencia recurrida por la solución que en ella se ha seguido sobre esta cuestión de la necesidad de dar audiencia al avalista.

A lo anterior ha de añadirse que la **observancia del trámite de audiencia que corresponde al contratista también afecta e interesa al avalista**, ya que las alegaciones y pruebas que el primero pudiera realizar podrían significar para el segundo la liberación de su responsabilidad. Y que la sentencia recurrida señala que uno de los fundamentos de la pretensión anulatoria de la compañía aseguradora, que actuó como parte actora en el proceso de instancia, consistió en denunciar la ausencia, entre otros, del trámite de audiencia del contratista".

(4) La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2009 -Ar. RJ 2009/574- afirma claramente que "esta sala ha declarado repetidamente que a las adjudicaciones de Programas de Actuación Urbanística les es aplicable la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas". En igual sentido se ha pronunciado ese alto tribunal en Sentencias de 28 de diciembre de 2006 -Ar. RJ 2007/405-, 4 de enero de 2007 -Ar. RJ 2007/473-, 5 de febrero de 2008 -Ar. RJ 2008/1881-, 8 de abril de 2008 -Ar. RJ 2008/3747- o 4 de abril de 2012 -Ar. RJ 2012/5681-, entre otras muchas.

(5) Comentario **PILAR ORTEGA**. *Libro contratación del Sector público Local* (3.^a edición El Consultor-La Ley, pág.677, nota al pie 37):

Se indica expresamente la necesidad de que la entidad avalista sea parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía, cuestión que había sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia y que ocasionaba 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 se admite que sea realizado de forma sucesiva al del interesado y no simultánea. Así la STS de Madrid de 5 noviembre 2003 (Recurso 95/2001. Ponente: D.^a Pilar Maldonado Muñoz), en un caso en que se comunicó a la Entidad bancaria recurrente, no al mismo tiempo que a su avalado, sino en un momento posterior, ya la intención de presentar ante la Caja General de Depósitos la correspondiente solicitud de incautación de las garantías definitivas constituidas por la empresa MBI, a efecto de dar cumplimiento al reglamentario trámite de audiencia al interesado y para que formularen alegaciones en el plazo de 15 días a partir de la recepción de dicho escrito. Se admite esta comunicación posterior, teniendo en cuenta la doctrina de la STS de 2 de julio del 2001, para la que 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, lo que no ocurre en el supuesto enjuiciado, en el que el recurrente ha podido alegar y probar lo que tuviera por conveniente en defensa de sus derechos, tanto en vía administrativa como en sede jurisdiccional.

Es más adecuado, no obstante la sustanciación de este trámite en el procedimiento de resolución contractual, ya que como declara la STS de 11 junio 2002. (Recurso 4081/1997. Ponente: D. Fernando Martín González) 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.

(6) «[...] Estos criterios no son más que la traducción al campo de las subvenciones de la normativa general, contenida en el art. 31 y 34 de la Ley 30/1992, que exige la comunicación y, en su caso audiencia de los interesados que, como en el presente caso, la resolución pueda afectarles, y su domicilio es conocido».

(7) Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002:

“[...] Tampoco este motivo puede ser estimado, por cuanto que, en definitiva, sólo una interpretación rigurosamente literal y desconectada de otros preceptos de los arts. 397 del Reglamento de Contratos del Estado y 114 y 115 de la Ley puede permitir la exclusión del avalista del concepto de parte interesada a efectos de rechazar incluso la posibilidad de que verifique cualquier clase de alegaciones, si bien cabe que éstas puedan considerarse como procedentes o improcedentes, según su sentido, finalidad y según la propia naturaleza de su intervención, que siempre sería la que deriva de su calidad de avalista, mas, dentro de los propios límites que resultan de esta calidad, no parece existir duda alguna con relación a la posibilidad de su intervención en el procedimiento administrativo seguido para la incautación de la fianza, puesto que si bien es cierto que el art. 114 de la Ley de Contratos le priva del beneficio de exclusión de los arts. 1830 y concordantes del Código Civil , a cuyo tenor no podría ser compelido a pagar al acreedor (aquí la Administración) sin hacerse antes exclusión de todos los bienes del deudor (aquí la entidad contratista), beneficio que, además, no tendría lugar de haberse obligado el avalista solidariamente con el deudor, es lo cierto que la entrega del importe de la fianza incautada parcialmente, en los términos en que se requiere al avalista por parte de la Caja General de Depósitos, sí genera en éste un perjuicio económico concreto que le atribuye la condición de interesado a los efectos del art. 23, b) de la ya vieja Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de Julio de 1.958 , y, hoy, del art. 31, 1, b) de la Ley 30/92 , tal como se ha recogido en sentencias de esta Sala como las de 6 de Febrero de 1.988 , 14 de Marzo de 1.989 y 14 de Mayo de 1.991 , citadas por la Aseguradora recurrida en casación, y por ejemplo, en otra reciente de 27 de Abril de 2001 , a cuyo tenor el avalista es parte interesada en el procedimiento de resolución contractual cuando ésta lleva consigo la pérdida de la fianza, afirmando esta última sentencia que la necesidad de observancia del trámite de audiencia, respecto de los interesados, ya aparecía establecido en el art. 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1.958 , y ha sido mantenida en el actual art. 84 de la Ley 30/92 , por lo que --según sigue dicha sentencia-- es «acertada la argumentación de la sentencia recurrida (a la que se refería un recurso de casación de similar contenido) que así lo considera, y atribuye efectos invalidantes a la omisión del trámite de audiencia correspondiente a dicho interesado», pudiendo destacarse, también, al hilo de tal doctrina jurisprudencial, que en vista de los términos del art. 375 del Reglamento de Contratación del Estado , habrá de entenderse que si el avalista responde frente a la Administración del importe señalado como fianza en los mismos términos que si hubiere sido constituida por el contratista --sin poder utilizar el beneficio de exclusión-- sus derechos e intereses están afectados en forma directa y de inmediato por el Acto de la Administración que decretó la incautación de la fianza, por lo que han de propiciarse a su favor las correspondientes posibilidades defensivas, toda vez que, en otro caso, se produciría la indefensión constitucionalmente prohibida en el art. 24 de la Constitución .

[...] Aún no siendo aplicable por razón del tiempo la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Ley 13/95, de 18 de Mayo , resulta que en el art. 47, 2 de ésta, luego art. 46.2 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio, se preceptúa que el avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada en los términos previstos en la Ley 30/92 , sin que pueda entenderse subsanada la ausencia de intervención y de audiencia por la circunstancia de que hubiera sido notificada la resolución del contrato y la incautación del aval al avalista, puesto que, en definitiva, tal notificación , referida a tales extremos, no cumplimentaba las exigencias requeridas en cuanto a audiencia e intervención de dicho avalista en lo que concretamente atañía a su obligación de pago, tal como refleja la sentencia recurrida, que no estima en su integridad el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad aseguradora hoy recurrida en casación, sino sólo parcialmente, al no entrar en el fondo de la resolución del contrato --cuyas causas y circunstancias se desconocen y no pueden ser materia u objeto de este recurso--, y al circunscribirse al fallo a que se la tenga por parte desde que se le produjo algún perjuicio, y, en todo caso, desde el acuerdo de incautación , aunque naturalmente sólo en el ámbito de lo que concierne a sus posibilidades defensivas, no a las que quedan fuera de él, criterios todos que, si cabe, ostentan mayor relieve cuando, como aquí, el contratista no ha intervenido en el recurso, ni éste versa sobre la resolución del contrato, ni, en suma, se muestra interesado en una cuestión que no le va afectar porque pagará “otro”, la Aseguradora recurrente en la instancia, aquí recurrida (...).

Por ello, no compartimos la tesis que formula el Letrado de la Junta de Andalucía, respecto de que la Sala de instancia ha reconocido indebidamente la condición de interesado en el procedimiento de reintegro de la subvención al avalista, en infracción de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desconociendo -según se aduce- las características del aval prestado en garantía de obligaciones de contenido económico a favor de las Administraciones Públicas, puesto que, como hemos expuesto, resulta evidente que los intereses del avalista quedan afectados por la resolución que concluya el procedimiento de reintegro de la subvención, en cuanto que constituye el presupuesto objetivo para iniciar, en caso de desatención del requerimiento de pago, del procedimiento de ejecución del aval».

¿Qué le pedirías a un *bufete de abogados*?



Socios de HispaColex Bufete Jurídico

hispacolex

BUFETE JURÍDICO

Más de 25 años dedicados al Derecho de Seguros

SOCIO DE

HISPAJURIS



Málaga
Fiscal Luis Portero, 7 - 2^a PI
29010 Málaga
Tel.: 952 070 793

Granada
Trajano, 8 - 1^a PI
18002 Granada
Tel.: 958 200 335

Jaén
Paseo de la Estación, 13 - 3^a PI
23007 Jaén
Tel.: 953 870 417

hispacolex.com