

**INFORME 26/2017, DE 27 DE JULIO, DE LA COMISIÓN DE PERMANENTE DE LA JUNTA
ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.****OBJETO: PTO. CONTRADICTORIO RGLCAP (REAL DECRETO 1098/2001)**

Antecedentes:

El Dpto. de Desarrollo Económico e Infraestructuras solicitó del Servicio de Contratación del Dpto. de Hacienda y Economía la emisión de sendos informes sobre las peticiones de indemnización formuladas por las UTEs encargadas respectivamente de la “Construcción de la Plataforma de la nueva red ferroviaria del País Vasco, tramo Antzuola-Ezkio/Itsaso Oeste” y de la “Construcción de la Plataforma de la nueva red ferroviaria del País Vasco, tramo Hernani-Astigarraga”. Se solicitaron, respectivamente, antes de y después de la entrada en vigor de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

El primer informe emitido fue desfavorable en razón del carácter desmedido del importe de la reclamación, y el segundo señala la necesidad de requerir a la contratista la aportación de medios de prueba sobre los costes de la inactividad del personal afecto a la obra por la suspensión, concreción sobre los seguros contratados, afección a la obra de ciertos gastos y costes de reparación de construcciones colindantes por desperfectos causados. En ambos casos, el Servicio de Contratación ha aceptado los hechos como constitutivos del supuesto para indemnizar, pero se ha mostrado disconforme con el importe, por su exceso en el primer caso o por su falta de acreditación en el segundo.

Así las cosas, el Dpto. de Desarrollo Económico e Infraestructuras solicita de esta Junta la emisión de informe sobre la necesidad de emitir nuevos informes jurídicos, la necesidad de recabar del “órgano instructor” la subsanación de los defectos observados, y pronunciamiento sobre el momento en que se ha de realizar el trámite de audiencia que estipula el procedimiento contradictorio del Real Decreto 1098/2001 para la resolución de diferencias de interpretación en la ejecución de un contrato.

Competencia:

I.- Según dispone el artículo 27.c) del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, la Junta Asesora de Contratación Pública tiene entre sus funciones consultivas la de “Informar las cuestiones que en materia de contratación pública sometan a su consideración las entidades del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, mediante petición escrita formulada por los Directores o Directoras de los Departamentos del Gobierno Vasco que tengan encomendada la gestión de la contratación...”

II.- Así pues, por tratarse la cuestión de las dudas surgidas de un incidente de un procedimiento de contratación de un Departamento del Gobierno Vasco, y habiéndose remitido por la Directora bajo cuya responsabilidad se halla la gestión de la Contratación en dicho Departamento, entra dentro de dicho apartado c) del artículo 27 del Decreto 116/2016.

III.- Sin embargo, de fondo hay una cuestión de procedimiento que va más allá del contractual para llegar al procedimiento administrativo propiamente dicho, por lo que no sería objeto de esta Junta Asesora dirimirla.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

Primera.- El artículo 97 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, dice lo siguiente:

“Artículo 97 Resolución de incidencias surgidas en la ejecución de los contratos
Con carácter general, salvo lo establecido en la legislación de contratos de las Administraciones públicas para casos específicos, cuantas incidencias surjan entre la Administración y el contratista en la ejecución de un contrato por diferencias en la interpretación de lo convenido o por la necesidad de modificar las condiciones

contractuales, se tramitarán mediante expediente contradictorio, que comprenderá preceptivamente las actuaciones siguientes:

1. Propuesta de la Administración o petición del contratista.
2. Audiencia del contratista e informe del servicio competente a evacuar en ambos casos en un plazo de cinco días hábiles.
3. Informe, en su caso, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención, a evacuar en el mismo plazo anterior.
4. Resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato y subsiguiente notificación al contratista.

Salvo que motivos de interés público lo justifiquen o la naturaleza de las incidencias lo requiera, la tramitación de estas últimas no determinará la paralización del contrato.

Segunda.- El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, recoge las siguientes precisiones respecto al tema que nos ocupa:

“Artículo 19. *Contratos administrativos.*

[...]

2. Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.”

“Prerrogativas de la Administración Pública en los contratos administrativos

Artículo 210. *Enumeración.*

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, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.

Artículo 211. *Procedimiento de ejercicio.*

1. En los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a la interpretación, modificación y resolución del contrato deberá darse audiencia al contratista.

2. En la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, los acuerdos a que se refiere el apartado anterior deberán ser adoptados previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, salvo en los casos previstos en los artículos 99 y 213.

3. No obstante lo anterior, 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.

b) Modificaciones del contrato, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 por ciento del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros.

4. Los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos.”

Tercera.- En lo no recogido en la normativa de contratación, normativa de carácter especial sobre la general, debe recurrirse a ésta con carácter supletorio, y en caso de procedimiento administrativo no es otra, en aplicación al caso concreto, que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Así lo establece la Disposición transitoria tercera, Régimen transitorio de los procedimientos, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que dicta que “a) A los procedimientos ya

iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior.”

Aunque las solicitudes de informe a que se refiere la consulta son una anterior y otra posterior a la entrada en vigor de la Ley 39/2015, el procedimiento contradictorio del que devienen y obviamente el procedimiento de contratación son previos a dicha Ley, y por lo tanto el régimen supletorio debe atender a la Ley 30/1992. Y en ésta se recogen los siguientes postulados:

“Artículo 79. *Alegaciones.*

1. Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio.

Unos y otros serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución.

Artículo 84. *Trámite de audiencia.*

1. Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, salvo lo que afecte a las informaciones y datos a que se refiere el artículo 37.5.(*)

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

3. Si antes del vencimiento del plazo los interesados manifiestan su decisión de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones, se tendrá por realizado el trámite.

4. Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.”

Efectivamente, hay una contradicción entre el momento procesal señalado en el Reglamento y la Ley de Contratos y el señalado en la Ley de Procedimiento administrativo para el trámite de audiencia. No es casual, pues en la normativa de contratación el esquema procedimental en aplicación de sanciones, recursos, etc. responde siempre a parámetros muy similares a los del art. 97 del Reglamento General de la Ley de Contratos.

Pero de acuerdo con el art. 19.2 y 211.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, es claro que prevalece el régimen especial, el supletorio no entra en juego, y por tanto ha de atenderse al procedimiento y momentos señalados en el art. 97 del Reglamento.

Con base en todo lo anterior, y al carácter especialmente minucioso con el que se han pronunciado los dos informes emitidos, la Junta Asesora de Contratación Pública, reunida en Comisión Permanente el día xx de julio de 2017, adopta por unanimidad el siguiente

ACUERDO

Informar sobre los trámites y momentos procesales en relación con el procedimiento contradictorio puesto en marcha por las empresas reclamantes en los casos de suspensión temporal de las obras mencionadas al inicio de este escrito, del siguiente modo:

No es necesaria la emisión de nuevo informe jurídico sobre el fondo del asunto por el asesor o asesora jurídicos competentes, dado que ya se ha pronunciado sobre el mismo, haciéndolo además con un elevado nivel de precisión, y siempre a salvo de que en caso de manifiesta oposición del contratista, podría valorarse la posibilidad de

remitirlo para informe a la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, ya que puede entenderse en sentido amplio como una oposición en un tema de interpretación del contrato.

La audiencia ha de ser previa a la emisión de dicho informe, y debe haberse realizado con la manifestación a la contratista de todas aquellas circunstancias sobre las que deba pronunciarse.

Lo que no se haya probado no podrá resarcirse, salvo que el órgano que deba resolver estime oportuno solicitar esos medios de prueba al contratista, y de este modo poder fundar mejor la cuantía de la indemnización de su Resolución.