



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 4 1 4 / 2 0 1 5

(Sección 2ª)

La Laguna, a 13 de noviembre de 2015.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Mogán en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del "Contrato de Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el Término Municipal de Mogán", adjudicado a la Unión Temporal de Empresas (UTE) constituida por las entidades G.A.S., S.L. Y A.E.C.G., S.A. (EXP. 432/2015 CA)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Mogán, es la Propuesta de Resolución por la que se pretende la resolución del "Contrato de Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria en el Término Municipal de Mogán".

2. La legitimación de la Sra. Alcaldesa para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación con el art. 211.3.a), de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSLP), y con el art. 109.1.d), asimismo básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

3. El presente procedimiento de resolución contractual trae causa de la adjudicación a las entidades G.A.S., S.L. y A.E.C.G., S.A., constituidas en Unión Temporal de Empresas bajo la denominación UTE M.L., del "Contrato de Gestión del

---

\* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

Servicio Público de Limpieza Viaria en el Término Municipal de Mogán”, adjudicado por el Pleno de la Corporación en sesión extraordinaria de fecha 29 de abril de 2014.

El mencionado contrato, bajo la modalidad de concesión administrativa, tramitado mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, se adjudicó por un importe anual, sin IGIC, que ascendió a la cantidad de 1.328.066,34 €, correspondiéndole un IGIC (7%) de 92.964,6 €, por un plazo de diez años, formalizándose el 10 de junio de 2014 entre el Ayuntamiento de Mogán y la UTE M.L.

4. Tras declarar la caducidad de un procedimiento anterior dirigido a idéntica finalidad, el Pleno de la Corporación, en sesión extraordinaria celebrada el 27 de agosto de 2015, decide “incoar nuevo procedimiento” para acordar, si procede, la resolución del mencionado contrato, “previa conservación de todos los actos necesarios a tal fin así como (de los) informes técnicos y jurídicos que obran en el expediente, lo que conllevaría la correspondiente incautación de la garantía depositada y el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados a la Administración, si los hubiere, y no fuese suficiente la citada garantía definitiva”.

5. La causa de resolución, según consta en la Propuesta de Resolución sometida al parecer de este Consejo, es el incumplimiento culpable del contratista de las obligaciones contractuales esenciales calificadas como tales en el pliego y en el contrato formalizado.

## II

1. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 109.1.a) y b) RGLCAP, se le dio, como partes del procedimiento, audiencia al contratista y a la compañía aseguradora, trámite en el que expresamente se opusieron a la resolución del contrato (documentos 625 y 626) por entender, en opinión del contratista, que no se ha incumplido ninguna obligación esencial del contrato y que, en cualquier caso, los supuestos incumplimientos ni son culpables ni revisten la gravedad para ser causa de resolución; mientras que la compañía aseguradora manifiesta que rechaza los hechos narrados y expuestos por la Administración, ya que los incumplimientos no se acreditan, por lo que, con la finalidad de constatar los datos a que se alude, propone (solicita) prueba pericial, a lo que no se responde por parte de la Administración en ningún momento del procedimiento.

2. Tal circunstancia supone el incumplimiento de Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), norma de aplicación subsidiaria en materia de

contratación administrativa, según establece la disposición final tercera TRLCSP, ya que el procedimiento en virtud de cual se decida la resolución de los contratos administrativos ha de observar las normas que regulan la prueba en el procedimiento administrativo común.

Como señala la STS de 19 de noviembre de 2000, el procedimiento de resolución contractual es esencialmente contradictorio, en el que ha de quedar garantizada la presencia de las partes, en este caso, tanto del contratista como del asegurador, en toda su tramitación.

La regla general del Derecho, contenida en el art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, impone a las partes la carga de probar los hechos que presenta como fundamento de su alegato. De ahí que el art. 80 LRJAP-PAC establezca en su apartado 1 que, "cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados, acordará la apertura de un período de prueba"; y el número 2 del referido precepto prevé que "sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada".

En la medida en que tanto el contratista como la compañía aseguradora se oponen a la resolución del contrato, porque entienden que el incumplimiento de las obligaciones del contratista ni es esencial ni culpable, en el curso del procedimiento administrativo en el que se dilucida precisamente si ha existido incumplimiento de sus obligaciones esenciales y el alcance de su responsabilidad, las partes han de poder desplegar toda la actividad probatoria que estimen pertinente. Si la Administración no tiene por cierto lo que alegan -en este caso, que el contratista no ha incumplido o que dicho incumplimiento no es culpable-, ha de abrir necesariamente un periodo para que se pueda acreditar por los medios de prueba que se propongan la veracidad de sus afirmaciones (art. 80 LRJAP-PAC).

Además del citado art. 80, tanto el 78.1 como el 84.2 LRJAP-PAC disponen que los interesados pueden en cualquier momento aportar documentos u otros elementos de juicio, así como alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinente, lo que incluye la propuesta de práctica de pruebas.

3. En el expediente no consta ni la apertura de un período de prueba ni resolución motivada rechazándolas, por considerar manifiestamente improcedentes o innecesarias las pruebas propuestas, pese a que se solicitó en dos ocasiones la práctica de prueba pericial, una primera, en las alegaciones presentadas por la

compañía aseguradora mediante escrito de 18 de febrero de 2015 (documento 496), posteriormente reiterada en escrito fechado el 1 de octubre (documento 626), solicitudes a las que en ningún momento se dio respuesta.

Esta ausencia de actividad probatoria por parte de la Administración, máxime cuando se ha reiterado en varias ocasiones, vulnera de manera palmaria las reglas que la rigen, lo que produce en opinión de este Consejo indefensión a las partes en la protección de sus intereses legítimos.

En efecto, en palabras del Tribunal Supremo, “los vicios de forma adquieren relevancia cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva y real de garantías. La indefensión es así un concepto material, que no surge de la misma omisión de cualquier trámite. De la omisión procedimental ha de derivarse para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir, una limitación de los medios de alegación, de prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses” (STS de 11 de noviembre de 2003).

4. En el caso planteado, esos vicios formales por omisión de la actividad probatoria producen indefensión material -y, por ende, la nulidad de las actuaciones si no se subsanan- derivan de que el medio probatorio que se solicita tiene, en palabras de la propia parte solicitante, “la finalidad de constatar y verificar las variadas circunstancias detalladas por parte de la Administración” (véanse, de nuevo, los escritos de fecha 18 de febrero y 1 de octubre de 2015, respectivamente); es decir, con ella se tiene la intención de desplegar toda una actividad probatoria dirigida a contradecir la tesis de la Administración en virtud de la cual, el incumplimiento culpable del contratista de las obligaciones esenciales del contrato, decide la resolución del mismo. Por ello, es por lo que expresamente “solicita se nos cite formalmente por escrito y con antelación suficiente para proceder a la práctica de prueba pericial”.

A esta consideración se puede oponer que tal prueba pericial pudo ser alegada o presentada por parte de la compañía aseguradora en cualquier momento; pero, con independencia de la calificación que le haya dado, lo cierto es que, derivada o complementaria de la misma, también se puede recabar la práctica de otras, como pruebas testificales del personal al servicio del contratista o de los responsables municipales, o de reconocimiento o verificación de determinados extremos fácticos sostenidos por las partes, medios probatorios pertinentes para poder acreditar, en su caso, lo sostenido por las partes.

Toda esa actividad probatoria debió ser permitida y hasta facilitada por la Administración, abriendo período de prueba en el que practicar las propuestas por las partes (art. 80 LRJAP-PAC). Al no hacerlo ni rechazar la pericial propuesta motivadamente, ha imposibilitado que una de las partes pudiera defender adecuadamente sus derechos o intereses legítimos.

5. Esa indefensión produce la nulidad de las actuaciones, lo que impide un pronunciamiento de este Consejo sobre el fondo de la cuestión planteada hasta que ese vicio formal se subsane, para lo cual se deben retrotraer las actuaciones a fin de que se proceda a la apertura de un periodo de prueba en el que se practique la prueba solicitada -o cualquier otra que se juzgue pertinente- con la finalidad de que se pueda, en su caso, acreditar la realidad de los hechos que sirven de base a las alegaciones realizadas por las partes en defensa de sus respectivos intereses.

A solución similar llegó este Consejo en el Dictamen 290/2012, aunque con ocasión de un expediente de responsabilidad patrimonial, concluyendo que, habiéndose obviado los trámites probatorio y de audiencia procedía retrotraer las actuaciones sin entrar en el fondo del asunto.

## CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, debiendo procederse a la retroacción de procedimiento a fin de que se practiquen las actuaciones que se indican en el Fundamento II. Una vez completado el expediente, se elaborará, previa audiencia de las partes, una nueva Propuesta de Resolución que será remitida a este Consejo para ser dictaminada preceptivamente.