

INFORME 6/2006, DE FECHA 3 DE NOVIEMBRE. CONSTITUCIÓN DE GARANTIAS PROVISIONALES MEDIANTE AVAL O SEGURO DE CAUCION. CONTROL Y CUSTODIA.

ANTECEDENTES

Con fecha de 13 julio de 2006 ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de Informe por el Ayuntamiento de con el siguiente tenor literal:

"D. Josep Tur i Rubio, Alcalde-Presidente del Exmo. Ayuntamiento de La Vall d'Uixó, formula la siguiente consulta interpretativa a instancia de la Tesorera Municipal, sobre el alcance de la redacción del art. 61.1 apartado b) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprueba el reglamento de la Ley de Contratos, sobre el órgano ante el cual se constituyen las garantías y la incidencia en la contabilidad y custodia de los valores, exponiendo los siguientes

ANTECEDENTES

La redacción del art. 61.1 apartado b) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprueba el reglamento de la Ley de Contratos, sobre el órgano ante el cual se constituyen las garantías, parece distinguir un procedimiento particular de constitución en función de si son provisionales y definitivas y la forma de constitución en efectivo o en aval o seguro de caución.

Así pues, de la constitución de las fianzas provisionales dice que "cuando se trate de aval o seguro de caución, ante el órgano de contratación, incorporándose la garantía al expediente de contratación".

Este redactado da lugar a dos interpretaciones opuestas:

Primera interpretación de la Intervención Municipal: el redactado obliga al departamento de contratación a la custodia y control de los avales y, por tanto, excluye la fiscalización y control contable de la Intervención Municipal. La Tesorería puede ejercer el manejo y custodia de estos valores pero paralelamente al sistema de información contable, sin incluirlos en el mismo, y con separación del resto de avales definitivos y provisionales, estos últimos constituidos en efectivo.

Y ello por los FUNDAMENTOS JURÍDICOS que se exponen a continuación:

- 1. Por la literalidad del redactado del artículo.*
- 2. Por el carácter básico de la norma y especial por regular el procedimiento de constitución de garantías.*

Segunda interpretación de la Tesorería Municipal: el redactado no obliga al departamento de contratación a la custodia y control de los avales pues ésta corresponde a la Tesorería Municipal, según los procedimientos establecidos y aprobados en ejercicio de la potestad de autoorganización de cada Ayuntamiento. Y ello por los FUNDAMENTOS JURÍDICOS que se exponen a continuación:

1. *El art. 194 del RDLeg 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales atribuye a la Tesorería el manejo y custodia de fondos, valores y efectos de la Entidad local, de conformidad con lo establecido por las disposiciones legales vigentes. El manejo y custodia de fondos, valores y efectos comprende:*
 - a) *La realización de cuantos cobros y pagos corresponda a los fondos y valores de la Entidad, de conformidad con lo establecido por las disposiciones legales vigentes.*
 - b) *La organización de la custodia de fondos, valores y efectos de conformidad con las directrices señaladas por la Presidencia.*

El citado artículo no impone excepción alguna al control de los avales por la Tesorería.

Por añadidura el fundamento financiero del control de las fianzas es el mismo ya sean depositados en efectivo, mediante aval o seguro de caución; esto es, la distinta forma de depósito del aval no debiera obstar el control contable.

2.- La constitución de la fianza ante "el órgano de contratación" supone la constitución ante la Mesa de Contratación y no ante el "departamento de contratación". Por otro lado, una prescripción en tal sentido en ningún caso puede afectar a la facultad de autoorganización de los municipios. Siempre se puede establecer un procedimiento de constitución y devolución particular, que favorezca el control financiero, evitar la pérdida de avales, control legal y de las formalidades de los documentos, etc.

3.- Por razón de la especificidad de la norma. La prelación de normas supone que, ante dos de igual rango, hay que acudir a la más específica; esto es la legislación local, si no contraviene lo dispuesto en la legislación básica. En particular, pueden existir normas más específicas, aprobadas por el Pleno o por la Presidencia, a las que habría que atender de forma prioritaria en la práctica de contable y sobre el control de valores y efectos.

Firma la propuesta de consulta la Tesorera,"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El establecimiento de un régimen de garantías provisionales en la contratación administrativa tiene como fundamento asegurar la seriedad de la oferta o proposición que presenta el empresario ante un procedimiento de licitación.

La celeridad y eficacia que demandan los procedimientos de licitación y adjudicación de contratos públicos- ya de por sí dilatados en el tiempo-, requiere que, en los casos en que se establezca en los pliegos de cláusulas administrativas la constitución de garantía provisional, se articule un sistema que produzca la devolución inmediata al licitador no adjudicatario, una vez notificada la propuesta de adjudicación en la subasta o la adjudicación en el concurso.

La experiencia ha venido a demostrar que la forma más común de constituir estas garantías provisionales viene siendo el aval. De ahí que, para evitar dilaciones innecesarias la actual normativa opte por su constitución "ante el órgano de contratación" y no su depósito ante la caja general de depósitos o establecimiento equivalente de las comunidades autónomas y las entidades locales. Siendo en estos últimos casos el departamento de Tesorería Municipal.

No comparte esta Junta el criterio manifestado en el texto de la consulta que interpreta la constitución "ante el órgano de contratación" sea "ante la Mesa de contratación". En ningún modo la Mesa de contratación se concibe como un órgano en el cual delega sus competencias el órgano de contratación, en cualquier caso le asiste técnicamente, como señala el Art. 81 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Tampoco comparte esta Junta la afirmación vertida en el citado literal sobre la prevalencia de la legislación local sobre la de contratación, pues los contratos públicos que celebran las administraciones locales se rigen en todos sus actos por las normas especiales en esta materia, es decir, la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. Siendo ésta la ley especial y no la ley general, como quiere hacer ver el escrito de consulta.

En este sentido, la Ley y Reglamento general de Contratos de las Administraciones Públicas, con carácter de legislación básica indica, en qué casos se constituye la garantía provisional, mediante qué formas, ante qué órgano y, lo que es más importante, cómo debe presentarse y dónde debe permanecer hasta su devolución.

Respecto a la cuestión que plantea el Ayuntamiento consultante, el Reglamento general así como la propia Ley de Contratos explicitan que, en caso de aval o seguro de caución, a los efectos de su presentación ante el órgano de contratación, éstos se incluirán en el sobre de documentación que acompaña a la proposición (art. 79.2 del Texto Refundido) indicando, además que, hasta resolución en el concurso o propuesta de resolución en la subasta, se unirán al expediente.

Para clarificar aún más los extremos sometidos a interpretación de esta Junta, el art. 62.1 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas señala a los efectos de la retirada de la proposición, de la falta de constitución de garantía

definitiva o de la falta de formalización del contrato respecto de la garantía provisional, lo siguiente:

1. *Si algún licitador retira su proposición injustificadamente antes de la adjudicación o si el adjudicatario no constituye la garantía definitiva o, por causas imputables al mismo, no pudiese formalizarse en plazo el contrato, se procederá a la ejecución de la garantía provisional y a su ingreso en el Tesoro Público o a su transferencia a los organismos o entidades en cuyo favor quedó constituida. A tal efecto se solicitará la incautación de la garantía a la Caja General de Depósitos o a los órganos equivalentes de las Comunidades autónomas o Entidades locales donde quedó constituida.*

A mayor abundamiento, la lectura de las disposiciones que regulan la Caja General de Depósitos, órgano dependiente de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, en aquéllos de sus preceptos que expresamente se regulan las obligaciones respecto a las garantías en la contratación, se remiten a lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas; actuando únicamente como supletoria en los casos no previstos en la normativa de contratación.

Resulta muy clarificador el Real Decreto 161/1997, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos, que adapta el sistema de constitución de las garantías provisionales mediante aval o seguro de caución a las exigencias del Real Decreto 390/1996, de 1 marzo, de desarrollo parcial de la ley 13/95, de 18 de junio de la ley de contratos de las Administraciones Públicas. Así como las disposiciones posteriores, adaptándose a la nueva normativa concretamente al Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. (ORDEN ECO/2 120/2002, de 2 de agosto, que modifica la de 7 de enero de 2000, que desarrolla el Real Decreto 16 1/1997, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos.)

En definitiva, si la norma hubiera querido exigir el depósito de las garantías provisionales mediante aval o seguro de caución en la Tesorería lo hubiera dicho expresamente, como así se establecía con carácter previo a la modificación del sistema.

Evidentemente, esta Junta comprende la preocupación que este asunto despierta en la Tesorería Municipal, pero no puede interpretar a contrario de la normativa sobre contratación pública. Por tanto, lo único que puede es sugerir que sean los órganos implicados los que establezcan entre ellos algún procedimiento organizativo, siempre y cuando se cumpla con la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, y por tanto, no se impongan al licitador mayores obligaciones que las derivadas de esta normativa.

Asimismo, esta Junta debe hacer patente que la problemática que pone de manifiesto la consulta formulada se evitaría en gran medida si los pliegos de cláusulas administrativas exigieran la constitución de garantías provisionales en los casos en los que éstas son preceptivas, incluso se dispensara de ellas en los supuestos en los que esta

Ref. Inf 6/2006 MV/jb

legislación lo permite, evitando así gastos innecesarios al licitador, responsabilidades en la custodia de las mismas y un trámite adicional como es la pronta devolución.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La norma que regula la constitución de garantías provisionales en la contratación administrativa mediante aval o seguro de caución es la normativa sobre contratación administrativa, por lo que, en estos casos, no se requieren los extremos de depósito previo, correspondiente control contable y custodia en la Tesorería de las Entidades Locales. Por el contrario, la garantía así constituida deberá incluirse en el sobre que acompaña a la proposición u oferta y permanecer en el expediente hasta su devolución.

SEGUNDA.- Únicamente en todos los casos que de conformidad con la normativa de contratación se considere la retirada injustificada de la oferta o proposición por el licitador o, en su caso, adjudicatario, procederá la incautación de la garantía provisional constituida mediante aval o seguro de caución por la Tesorería Municipal, lo que dará lugar a su correspondiente ingreso en el Tesoro.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

Vº Bº
EL PRESIDENTE DE LA JUNTA



Gerardo Camps Devesa

LA SECRETARIA DE LA JUNTA



Margarita Vento Torres

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
en fecha 3 de noviembre de 2006.