

Junta Superior de Contratació Administrativa
C/ Palau, 12 -3ª planta
46001 VALÈNCIA
Tel.: 961 613072
Correu: secretaria_JSCA@gva.es

Ref .: SUB/SCC/mvt
Asunto : Informe 8/2017

INFORME 8/2017 DE 17 DE OCTUBRE DE 2017. DEFECTOS SUBSANABLES Y NO SUBSANABLES EN LA CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS DEFINITIVAS MEDIANTE AVAL.

ANTECEDENTES

En fecha 4 de septiembre de 2017 ha tenido entrada en la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe de Vicepresidencia y Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas, mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

“Mediante la presente, y de acuerdo con lo previsto en los artículos 2 y 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 se regulan los registros oficiales de Contratos y de Contratistas y Empresas Clasificadas de la Comunidad Valenciana y las garantías globales, solicito informe de esa Junta sobre el siguiente asunto:

En fecha 12 de noviembre de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación del expediente de contratación del servicio de puesta disposición de la Vicepresidencia y Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas de 3.300 plazas en centros residenciales para mayores en la Comunitat Valenciana, mediante 13 lotes, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, siendo el importe total de licitación de CIENTO OCHENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y UN MIL SEISCIENTOS DOS EUROS CON CATORCE CÉNTIMOS (188.761.602.14 €, IVA excluido), y para un periodo de ejecución máximo de 3 años, a contar desde el día siguiente a su formalización.

Recibidas las ofertas y una vez valoradas las presentadas por aquellas empresas admitidas a la licitación, la Mesa de Contratación, en fecha 7 de abril de 2017 realiza propuesta de adjudicación de las ofertas de las empresas que presentan las ofertas más ventajosas de los lotes 1, 2, 3, 5, 7, 8, 10, 11, 12 y 13, quedando postergada la propuesta de la adjudicación de los lotes 4, 6 y 9, cuya tramitación habla quedado suspendida mediante

resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), como consecuencia de la interposición de recursos que afectaban a dichos lotes.

A la vista de la propuesta, se solicitó a las empresas propuestas, la presentación de la documentación administrativa acreditativa del cumplimiento de los requisitos de capacidad y solvencia (tal y como se recoge en la cláusula 13.1 del PTCAP), así como de sus obligaciones tributarias y con la seguridad social, concediéndoles para ello un plazo de 10 días hábiles contados desde el día siguiente a aquel en que hubiese recibido el requerimiento.

Recibida la documentación y comprobada toda ella por la Mesa de Contratación, ésta detecta la existencia de defectos en la documentación administrativa acreditativa de los requisitos de capacidad, representación, solvencia o de estar al corriente en obligaciones tributarias, según los casos, presentada por algunas de las licitadoras, por lo que se les concede un plazo de 3 días para que las mismas procedieran a su subsanación.

Examinada la documentación presentada en fase de subsanación, en fecha 19 de junio de 2017, la Mesa de Contratación acuerda admitir a todas las licitadoras propuestas excepto "a las entidades CENTRO GERIÁTRICO LA POBLA, S.L. (lote 3) y RESIDENCIA NAVAS ALTAS, S.L. (lote 2), dado que no consta que hayan depositado la garantía definitiva, de conformidad con lo dispuesto en el apartado J del Anexo I del PCAP, en concordancia con lo dispuesto por la cláusula 18 del Pliego Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares, por lo que no es posible la adjudicación en su favor, excepto que se hubiera depositado en los Servicios Territoriales de la Conselleria de Hacienda y Modelo Económico, y por omisión no se hubiese incluido en la documentación aportada, lo que se comprobará de oficio". Estas empresas habían aportado, dentro del plazo inicial de 10 días hábiles, sendos avales al objeto de acreditar la garantía definitiva requerida.

Realizada la consulta a los Servicios Territoriales de la Conselleria de Hacienda y Modelo Económico, en fecha 20 de julio de 2017 se recibe su contestación en la que informa que "según consta en nuestra base de datos, ninguno de los dos avales, en los que se avala a Centro Geriátrico La Pobla, S.L. y Residencia Navasaltas, S.L., respectivamente, ha sido depositado en esta Tesorería. A los efectos de un posible depósito, les comunico que el aval expedido por La Caixa para avalar a Centro Geriátrico La Pobla, S.L., no podría ser aceptado para su depósito ya que el beneficiario Generalitat Valenciana no es válido, ha de concretar el órgano o Conselleria Beneficiaria".

A la vista de la respuesta obtenida, la Mesa de contratación reunida el 27 de julio de 2017, acuerda excluir a CENTRO GERIÁTRICO LA POBLA, S.L. y RESIDENCIA NAVAS ALTAS, S.L. de la presente licitación por no haber depositado la garantía definitiva, todo ello según lo



dispuesto en la cláusula 18 del Pliego de cláusulas administrativas particulares en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 151.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y los arts. 55 y siguientes del Real Decreto 1098/2001 por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ya que en todos ellos, para la válida constitución de las garantías definitivas se exige el depósito en la Caja General de Depósitos. Asimismo, la Mesa de Contratación tuvo en cuenta resoluciones del TACRC como la 309/2014, de 11 de abril de 2014, sobre la posibilidad de subsanación de las garantías definitivas, y que remite asimismo a la resolución 22572013, de 12 de junio de 2013, de ese Tribunal, en la que se concluye que “En el presente caso no nos encontramos ante un defecto de acreditación, sino de constitución de la garantía, al haberse constituido a favor de un órgano distinto y no haberse depositado en la Caja General de Depósitos”.

Con fecha 1 de agosto de 2017, las entidades CENTRO GERIÁTRICO LA POBLA, S.L, y RESIDENCIA NAVAS ALTAS, S.L. presentan en el Registro General de la Vicepresidencia y Conselleria de Igualdad y Políticas inclusivas escritos de solicitudes de aclaración de la resolución de adjudicación de los lotes 1, 5, 8, 10, 11, 12 y 13, en la que se hacía referencia en los antecedentes de hecho al motivo por el que no era posible adjudicar los lotes 2 y 3 hasta disponer de la contestación de los Servicios Territoriales de la Conselleria de Hacienda y Modelo Económico, ambos en los mismo términos, por entender desproporcionada y claramente injusta su exclusión del procedimiento por el hecho de no haber realizado el depósito del aval en la Caja General de Depósitos. Entre la justificación para fundamentar su posición, que en su mayoría hace referencia a la constitución de las garantías provisionales y la necesidad de su depósito, hacen referencia a la resolución del TACRC 79/2015, de 22 de diciembre de 2015, que ante un supuesto similar de falta de depósito de una garantía definitiva mediante aval, entendía que “ la garantía definitiva quedó válidamente constituida con el consentimiento de declaración de voluntad de la entidad financiera garante, con anterioridad al vencimiento del plazo. Nos encontramos ante un simple defecto formal de acreditación”.

Al mismo tiempo, existen pronunciamientos en sentido contrario por otros tribunales de recursos contractuales, como puede ser el de la Junta de Andalucía, que en su resolución 364/2015, de 27 de octubre de 2015, en relación la posibilidad de subsanar una garantía definitiva mediante aval que no había sido depositada dentro del plazo concedido (dentro del plazo se presentó un aval y transcurrido el mismo se aportó resguardo del aval depositado, también fuera de plazo), consideró que “Como bien ha indicado el órgano de contratación, “la subsanación realizada por el recurrente afecta al cumplimiento del requisito y no solo a su acreditación, motivo por el cual no puede ser aceptada.”

La exigencia del artículo 99.1 del TRLCSP para el licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa es acreditar la constitución de la garantía, siendo claro el artículo 96.1 del TRLCSP al indicar que cuando la garantía se preste en forma de aval deberá depositarse en los establecimientos correspondientes señalados en su letra a) ”.

A la vista de los distintos pronunciamientos del Tribunal Central de Recursos Contractuales que tanto la Mesa de Contratación como los interesados han tenido en cuenta para fundamentar sus pretensiones, así como los de otros tribunales de recursos contractuales, como el de la Junta de Andalucía, antes mencionado, y teniendo en cuenta la reiterada doctrina y jurisprudencia sobre los defectos subsanables, según la cual son subsanables los defectos en la acreditación del cumplimiento de los requisitos pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible, la duda se plantea sobre cuando debe entenderse constituida la garantía definitiva, pues si bien de la normativa aplicable parece desprenderse que es necesario su depósito en la Caja General de Depósitos correspondiente, el pronunciamiento del TACRC en su resolución 1179/2015, parece entender constituida la garantía con la formalización del aval, que entendemos debe deberá cumplir con los requisitos exigidos por la legislación de contratos y normas de desarrollo.

En consecuencia, solicito informe sobre el momento en que debe entenderse constituidas las garantías definitivas, para poder determinar si el defecto en la misma puede considerarse subsanable o no. “

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La consulta formulada por la Vicepresidencia y Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas plantea una cuestión que ha de resolverse estableciendo un criterio interpretativo que sea compatible con las normas vigentes y con la doctrina jurisprudencial. No obstante, ha de tenerse en cuenta especialmente que mediante el convenio de 22 de marzo de 2013, de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat, sobre atribución de competencia de recursos contractuales, se atribuyó al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) la competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación regulados en el artículo 40 y siguientes del todavía vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo, TRLCSP).

Esta circunstancia implica que, en tanto las resoluciones del TACRC en litigios sobre determinados aspectos o cuestiones como la sometida a consulta no se vean recurridas ante los tribunales de justicia, y en su caso anuladas por éstos conformando una doctrina



diferente a la de aquellas, en la contratación pública de la Generalitat los órganos de contratación han de atenerse a la doctrina emanada de este órgano sobre tales aspectos o cuestiones ya que será éste quien tendrá habitualmente que resolver los recursos que se interpongan contra sus actos. Y, además, tal criterio deberá seguirse, por coherencia y en general, tanto si se trata de actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación como si se trata de actos relativos a contratos que no lo son, ya que no tendría sentido aplicar criterios distintos en uno u otro caso.

En lo que se refiere a la cuestión planteada, el artículo 151, apartado 2, del TRLCSP dispone que, tras la valoración de las ofertas presentadas en una licitación, *el órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa (...) de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente.*

Por otra parte, en lo que se refiere a la constitución de garantías mediante aval, el artículo 96.1, apartado b, del TRLCSP establece que, prestado en la forma y condiciones que se establezcan reglamentariamente por alguno de los bancos, cajas de ahorros, cooperativas de crédito, establecimientos financieros de crédito y sociedades de garantía recíproca autorizados para operar en España, *deberán depositarse* en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales encuadradas en las Delegaciones de Economía y Hacienda, o en las Cajas o establecimientos públicos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales contratantes ante las que deban surtir efectos.

De acuerdo con dichos preceptos, la garantía mediante aval requiere dos actuaciones sucesivas: una, sustantiva y fundamental, de constitución de la garantía, consistente en la prestación y suscripción del aval por persona de la entidad bancaria con poder bastante para otorgarlo, y otra, formal, de justificación ante el órgano de contratación de la constitución de dicha garantía y de su depósito en la Caja General de Depósitos o en el establecimiento de la Administración competente para ello. Cabe, pues, plantearse si la omisión de la segunda es o no subsanable en el contexto de un procedimiento de contratación, máxime si se tiene en cuenta que la Ley no establece directa y expresamente quién es el sujeto obligado a depositar el aval en la Caja General de Depósitos y simplemente se sobreentiende que debe hacerlo el licitador.

Lo anterior no es baladí porque es justo reconocer que no es difícil llevar a confusión a los licitadores o a que puedan incurrir en el error de omisión del trámite de depósito mencionado cuando, a la anterior imprecisión legal, se le une la circunstancia tan común en la Administración de la Generalitat de utilizar pliegos-tipo generales acompañados de un anexo de características particulares del contrato donde, en este último, no se

especifican requisitos formales como el que nos ocupa. En el caso sometido a consulta, el apartado J del anexo de características del contrato, respecto de la garantía definitiva, se limita a decir que *“el licitador que presente la oferta más ventajosa deberá constituir una garantía definitiva por importe equivalente al 5 por 100 del importe de las plazas adjudicadas, IVA excluido.”* Es, no obstante, en la cláusula 18 del Pliego-tipo de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rigen la contratación, en la que se regula extensamente la garantía definitiva previendo distintas posibilidades y situaciones, donde se recuerda que la documentación acreditativa de la garantía constituida debe depositarse en los Servicios Territoriales de la Conselleria de Hacienda y Modelo Económico y donde se señala que *se acreditará su constitución mediante la entrega al órgano de contratación del resguardo o carta de pago, expedido por éstos, en el plazo de diez días hábiles desde que sean requeridos para ello por dicho órgano.* Es decir, es finalmente el PCAP el que, entre los tres sujetos intervinientes (avalista, avalado y órgano de contratación), impone al licitador avalado (aunque también podría hacerlo el avalista) el requisito formal, adicional al de la constitución de garantía, de depositar la documentación acreditativa de su constitución en el servicio competente de la Administración para custodiarla, en lugar de entregarla al órgano de contratación y que sea éste el que la remita a aquél.

Esta obligación formal que establecen comunmente los pliegos encuentra su amparo en lo dispuesto en el artículo 61 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuyo apartado 2 se establece lo siguiente:

“2. Las garantías definitivas, especiales y complementarias se constituirán en todo caso en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales o en las cajas o en los establecimientos públicos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales contratantes.”

Si se observa atentamente, se verá que dicho precepto mantiene una redacción en la que lo que literalmente se dice es que las garantías definitivas mediante aval se constituirán *en* las sedes de la Caja General de Depósitos o equivalente, lo que quiere decir que deberían constituirse en un acto celebrado en dichos establecimientos, con la asistencia del representante del avalista para que, previa acreditación de tener poder bastante para ello, proceda a la firma del aval ante el responsable del correspondiente establecimiento y en su presencia, quedando directamente depositado el documento original en este. De esa forma, cobra también sentido el apartado 3 de dicho artículo que a continuación establece lo siguiente: *“Cuando las garantías se constituyan ante los establecimientos señalados en el apartado 1, párrafo a), de este artículo, se acreditará su constitución mediante la entrega al órgano de contratación del resguardo expedido por aquéllos”*, lo cual es lógico porque el órgano de contratación es el que no está presente en el acto de constitución de la garantía y es aquel al que se le debe acreditar que ha sido constituida.



Sin embargo, esta forma solemne de constitución de las garantías definitivas mediante aval que parece apuntar el artículo 61 del RGLCAP, si alguna vez ha sido utilizada, no se corresponde con la práctica habitual desde hace mucho tiempo, consistente en que los apoderados de las entidades avalistas, previa e independientemente de la constitución de garantías, acreditan su poder bastante para avalar en nombre y representación de su entidad, y después suscriben en sede propia los avales que concede su entidad y se los entregan a los licitadores avalados. Por tanto, lo previsto en el artículo 61 del RGLCAP debe casarse con esta realidad y aplicarse conforme a lo establecido en los preceptos del TRLCSP vigentes que distinguen claramente entre el acto esencial de constitución de la garantía por la entidad bancaria o de crédito, que bien podría acreditarse mediante su documento original, y el formal de justificar el depósito del documento de constitución en el órgano de la administración competente para su custodia y, llegado el caso, para su ejecución.

En un caso análogo al de la consulta, la Resolución del TACRC 1179/2015, del 22 de diciembre, estimó un recurso interpuesto por un licitador que, habiendo sido propuesto como adjudicatario del contrato, había sido posteriormente excluido del procedimiento de contratación porque, aunque había justificado tener constituida la garantía definitiva dentro del plazo concedido para ello, no la había depositado en la Caja de Depósitos de la Administración en ese mismo plazo, sino en un momento posterior. En la citada resolución el TACRC manifestó que *por lo que se refiere a la interpretación de los defectos subsanables en la constitución de las garantías exigidas en la contratación pública, (...) considera que el defecto en la garantía definitiva aportada constituye un defecto subsanable.*

En el sentido expresado, el TACRC señala que *es preciso distinguir entre la acreditación del cumplimiento de un determinado requisito y cumplimiento mismo del requisito en cuestión y en este sentido, este Tribunal en Resoluciones como la nº 128/2011 de 27 de abril y la nº 184/2011 de 13 de julio, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, STS de 6 de julio de 2004), se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el carácter subsanable de los defectos de la documentación general acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que los licitadores tienen que aportar en los procedimientos de contratación y ha configurado una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de los licitadores, pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible. De acuerdo con esta doctrina, que puede considerarse aplicable a los defectos de los documentos justificativos a los que hace referencia el artículo 151.2 del TRLCSP y, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, los defectos serían subsanables cuando se refieran a la adecuada acreditación de un requisito, pero no a su cumplimiento.*

Es decir, el requisito debe existir con anterioridad a la fecha en que expire el plazo de presentación de la documentación requerida por el artículo 151.2 citado, pues su existencia no es subsanable, sólo lo es su acreditación (...).

En el caso sometido a consulta se da aparentemente la misma circunstancia que en el que tuvo por objeto la citada Resolución del TACRC: las dos empresas afectadas por no haber depositado los respectivos avales en el Servicio Territorial competente de la Conselleria de Hacienda y Modelo Económico, sí que habían constituido dichas garantías dentro del plazo de diez días concedido para ello y también habían justificado su constitución ante el órgano de contratación, aunque no en la forma exigida en el PCAP, esto es, no mediante la presentación del justificante de su depósito en el Servicio Territorial competente.

En consecuencia, respecto a la cuestión planteada en la consulta, esta Junta comparte el criterio establecido por el TACRC en su Resolución 1179/2015, según el cual la garantía definitiva mediante aval *“queda constituida con el consentimiento o declaración de voluntad de la entidad financiera garante, con anterioridad al vencimiento del plazo”* establecido legalmente para ello, mientras que la falta de depósito debe considerarse un defecto formal subsanable puesto que a nuestro juicio, entre otros motivos, no invalida la constitución de dicha garantía ni impide su prueba alternativa ante el órgano de contratación por medio de la presentación o exhibición del documento original o de copia fiel.

Pero expuesto tal criterio, también ha de añadirse que la aplicación del criterio anterior ha de partir de comprobar que el requisito legal esencial se cumple, lo que en un caso como el sometido a consulta exige comprobar que la garantía definitiva mediante aval se encontrara válidamente constituida dentro del plazo otorgado para hacerlo. Es decir, consideramos subsanable la forma de acreditación del cumplimiento del requisito pero no la ausencia de su cumplimiento en el plazo establecido.

Por ello, una segunda cuestión implícita que se deriva de las circunstancias que concurren en el procedimiento descrito en la consulta es la relativa a si los dos avales presentados por las respectivas empresas estaban válidamente constituidos y si sería o no subsanable un error cometido en el propio documento del aval que constituye la garantía definitiva. En el caso descrito, una de las dos empresas no sólo había omitido el depósito del aval en el servicio territorial competente, sino que el documento había omitido concretar el órgano de contratación de la Generalitat beneficiario (únicamente indica que el beneficiario es la Generalitat Valenciana) y, en consecuencia, el Servicio Territorial de la Conselleria de Hacienda y Modelo Económico advirtió que no podría aceptarse el depósito por ese motivo.



Examinado el aval presentado por la empresa anterior, resulta evidente que el documento no se ajusta al modelo establecido en el Anexo V del RGLCAP, pero no sólo en lo advertido por el citado Servicio Territorial, sino también en algo menos formal que, a juicio de esta Junta, parece esencial para su aceptación como válido a efectos del contrato: el plazo de vigencia del aval. Mientras que el modelo de dicho anexo del RGLCAP establece que el aval deberá estar vigente indefinidamente hasta que por el órgano de contratación –o quien en su nombre se encuentre habilitado para ello– autorice su cancelación o devolución, en el caso de la empresa indicada el plazo del aval presentado tiene limitada su vigencia, si antes no se hubiera autorizado su cancelación por el órgano de contratación, hasta una fecha cierta (01/12/2019) a partir de la cual consta en el documento que el aval *quedará sin efecto ni valor, y el derecho de reclamación del beneficiario quedará caducado*. Por tanto, el aval presentado por esta empresa no constituye una garantía válida o suficiente a efectos de la contratación, puesto que no se ajusta en ese aspecto esencial al modelo establecido en el Anexo V del RGLCAP, al que obliga el artículo 61.4, contraviniendo con ello el artículo 56.1.b del RGLCAP que literalmente dispone que, para su admisión como garantía en la contratación con la Administración, el aval deberá reunir, entre otras, la característica siguiente:

“b) El aval será de duración indefinida, permaneciendo vigente hasta que el órgano a cuya disposición se constituya resuelva expresamente declarar la extinción de la obligación garantizada y la cancelación del aval, (...)”

Finalmente, hay que añadir que los mencionados preceptos del RGLCAP son normas básicas ineludibles y de aplicación general a todas las Administraciones Públicas, por lo que resulta aconsejable evitar en los pliegos la simple remisión a las mismas e incorporar la información orientativa que sea adecuada y los modelos de documentos que deban ajustarse con precisión a reglas y normas establecidas reglamentariamente, para facilitar a los licitadores el cumplimiento de los requisitos exigidos en los procedimientos de contratación.

CONCLUSIÓN

La omisión del depósito del aval prestado como garantía definitiva de una contratación o su justificación son defectos subsanables siempre que dicha garantía se hubiera constituido válidamente dentro del plazo y conforme a las normas básicas establecidas legal y reglamentariamente.

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.

VºBº EL PRESIDENTE
(Por sustitución art. 1 .a)
Orden de 11 de junio de 2001
DOGV 17/07/2001)
LA VICEPRESIDENTA

LA SECRETARIA

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
en fecha 17 de octubre de 2017