

Informe 49/03, de 12 de marzo de 2004. "Régimen de constitución, aplicación y de modificación de la garantía global".

Clasificación de los informes: 10.6 Régimen de las garantías. Otras cuestiones.

ANTECEDENTES

Por el Presidente del Consejo Comarcal del Valles Oriental se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito formulando consulta sobre determinadas cuestiones relacionadas con la garantía global prevista y regulada en el artículo 36.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y redactado en los siguientes términos:

"El presente escrito tiene como finalidad solicitar a la Junta Consultiva de Contratación del Ministerio de Hacienda que se pronuncie en relación a dos cuestiones:

A) Los requisitos que han de reunir las garantías globales previstas en el artículo 36.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -en adelante, TRLCAP-.

Dicho artículo establece que "Alternativamente a lo establecido en el apartado anterior el contratista podrá constituir una garantía global con referencia a todos los contratos que celebre con una Administración pública o con uno o varios órganos de contratación sin especificación singular para cada contrato, en alguna de las modalidades previstas en los párrafos b) y c) del artículo 35.1".

Las letras b) y c) del artículo a las que hace referencia el artículo 36.2 del TRLCAP hacen mención a la opción de depositar las garantías:

Mediante aval prestado, en la forma y condiciones reglamentarias, 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 y presentado ante el correspondiente órgano de contratación.

Por contrato de seguro de caución celebrado en la forma y condiciones que reglamentariamente se establezcan, con entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo de la caución, debiendo entregarse el certificado del contrato al correspondiente órgano de contratación.

A continuación establece el mismo artículo 36.2 que "La correspondiente caja o establecimiento -en referencia a la Caja General de Depósitos o establecimientos públicos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales- a efectos de la constitución de garantías y a solicitud de los interesados, emitirá certificación comprensiva de la existencia de la garantía global y de la suficiencia de la misma en el plazo máximo de tres días hábiles desde la presentación de la solicitud del interesado, procediéndose a inmovilizar el importe de la garantía a constituir".

De acuerdo con el redactado que se ha subrayado, parece deducirse que haya de existir una cantidad dineraria depositada en efectivo en la caja o establecimiento para que pueda producirse una inmovilización del importe, lo cual no concuerda con las formas previstas por el artículo 36.2 del TRLCAP para constituir la garantía global - mediante aval o mediante contrato de seguro de caución-, la naturaleza jurídica de las cuales excluye que se materialicen en una disposición efectiva de dinero.

Esta idea queda reforzada cuando continua diciendo el artículo 36.2 que "En el caso de garantías definitivas, una vez producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato o resuelto éste sin culpa del contratista, procederá a la liberación del saldo inmovilizado".

En relación con la forma en que se ha de constituir la garantía global, y en relación con los diversos concursos convocados por la Administración local a la que represento, diversos licitadores han manifestado a este ente local su voluntad inicial de constituir garantías globales y la imposibilidad de hacerlo porque las entidades bancarias a las que se habían solicitado los avales exigían que en los avales se hiciese constar una cuantía determinada.

Es por todo lo expuesto que solicito a esta Junta Consultiva de Contratación que clarifique en qué forma debe llevarse a cabo la constitución de la garantía global prevista en el artículo 36.2 del TRLCAP.

B) La segunda cuestión tiene relación con la posibilidad de que, una vez constituida una garantía global por un importe máximo, se pueda ir reduciendo este importe a medida que el contrato se vaya ejecutando, con la finalidad de ir reajustando dicho importe al grado de ejecución. Un ejemplo de esto sería que en un contrato con una duración de cinco años se pudiese reajustar la garantía una vez transcurrido un año desde el inicio de la ejecución, y así, sucesivamente, año tras año hasta agotar el plazo de duración”.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Las cuestiones que se suscitan en el escrito de consulta hacen referencia a la regulación de la garantía global contenida en el artículo 36.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas poniendo, en primer lugar, de relieve la contradicción que parece existir entre la exigencia de que la garantía global se constituya necesariamente mediante aval o por contrato de seguro de caución y las expresiones utilizadas por el propio artículo 36.2 de “inmovilizar el importe de la garantía a constituir” y de “se procederá a la liberación del saldo inmovilizado” que parecen presuponer la existencia de una cantidad dineraria depositada en efectivo en la correspondiente caja o establecimiento público equivalente de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales. En segundo lugar se señalan las dificultades existentes para la constitución de las garantías globales dado que las entidades bancarias a las que se había solicitado la prestación de aval exigían que en los avales se hiciese constar una cuantía determinada. Por último se consulta la posibilidad de que, una vez constituida una garantía global por un importe máximo se pueda ir reduciendo este importe a medida que el contrato se vaya ejecutando, con la finalidad de ir reajustando dicho importe al grado de ejecución.

2. Aunque se pueda reconocer la imperfecta e incompleta regulación de la garantía global en el artículo 36.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, motivada quizá por la escasa aceptación de esta figura y aunque ello pueda constituir un círculo vicioso que aconsejaría una revisión futura de tal regulación, lo cierto es que en la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas existen elementos suficientes para dar respuesta a las cuestiones suscitadas en el escrito de consulta.

3. En primer lugar los términos categóricos del artículo 36.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el sentido de que la garantía global deberá constituirse “en alguna de las modalidades previstas en las letras b) y c) del artículo 35.1”, es decir, mediante aval o seguro de caución no pueden quedar desvirtuados por las expresiones utilizadas en el propio artículo 36.2 de “inmovilizar el importe de la garantía” y procederse “a la liberación del saldo inmovilizado”, por lo que estas últimas expresiones han de ser interpretadas en sentido compatible con las modalidades en que necesariamente ha de constituirse la garantía global y entender, en consecuencia, que cuando el legislador habla de “inmovilizar el importe” o liberar el “saldo inmovilizado” se está refiriendo a la afectación de la garantía consustancial a su esencia, es decir, que las cantidades que de la totalidad de la garantía global se afectan a la finalidad concreta de garantías provisionales o definitivas han de quedar inmovilizadas en su modalidad de aval o de seguro de caución hasta que la garantía haya desplegado sus propios efectos.

4. En segundo lugar la circunstancia de que determinadas entidades bancarias se nieguen a prestar garantía global en su modalidad de aval, al no incorporar cantidad determinada es argumento de difícil comprensión y, en todo caso, constituiría un argumento tendente a la clarificación de la normativa actual pero no demostrativo de la imposibilidad de su cumplimiento.

5. Por último en cuanto a una posible reducción de la garantía global, adecuándola a la ejecución parcial del contrato reduciéndola, según el ejemplo puesto en el escrito de consulta, teniendo en cuenta los años de ejecución que resten, su imposibilidad deriva de la falta de previsión de tal supuesto tanto para la garantía individual como para la garantía global. En efecto, el artículo 42 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que debe considerarse aplicable a la garantía global en virtud de lo preceptuado en el artículo 36.2, último párrafo, señala que cuando como consecuencia de la modificación del contrato experimente variación el precio del mismo se reajustará la garantía, pero dicho precepto se refiere, por expresa dicción del mismo, a la modificación del contrato mediante acuerdo y no puede comprender, como se pretende, supuestos de normal ejecución aunque tenga lugar por períodos más dilatados que el anual.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la regulación de la garantía global contenida en el artículo 36.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aunque pudiera ser objeto de modificaciones tendentes a la clarificación de alguno de sus extremos, contiene elementos suficientes para afirmar que la citada garantía global ha de constituirse mediante aval o seguro de caución, sin que a ello se opongan las expresiones referentes a la "inmovilización de saldo" y sin que sea posible reajustar su importe por la sola circunstancia del transcurso de períodos de tiempo de ejecución del contrato.