

Informe 13/01, de 27 de setembre de 2001

**GARANTIES EN ELS CONTRACTES DE COL-LABORACIÓ PER A L'EXECUCIÓ D'OBRES PER LA MATEIXA ADMINISTRACIÓ. VIGÈNCIA DE L'ARTICLE 191 DE L'RGCE**

**Antecedents**

El secretari general tècnic de la Conselleria d'Obres Públiques, Habitatge i Transports adreça escrit a aquesta Junta Consultiva del tenor literal següent:

*“La Conselleria d'Obres Públiques, Habitatge i Transports tramita anualment un nombre considerable de contractes de col·laboració pel sistema de cost i costes previst a l'article 191 del Reglament general de contractació de l'Estat, per efectuar les obres de conservació i manteniment de les carreteres de titularitat d'aquesta comunitat autònoma; supòsit que es recull expressament a l'apartat g) de l'article 152 del Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques.*

*La forma d'adjudicació és gairebé en la totalitat dels expedients la del procediment negociat sense publicitat prèvia, atès que la norma general d'utilització preferent del concurs i la subhasta s'inverteix i opera de manera supletòria per a aquest tipus de contractes.*

*Partint de la naturalesa jurídica especial d'aquests contractes, que els confereix la normativa d'aplicació [art. 5.2.b) del TRALCAP] (és a dir: contractes que tenen caràcter administratiu, però no contractes d'obres), i atès que des d'aquesta Conselleria s'ha entès vigent l'article 191 del Reglament general de contractació de l'Estat, per la qual cosa la responsabilitat de l'execució de l'obra la tindrà íntegrament l'òrgan gestor de l'Administració, no pertoca l'obligatorietat de la prestació de fiança, en els termes explicitats a l'esmentat article 191 del Reglament general de contractació de l'Estat.*

*En conseqüència, en la tramitació d'aquests expedients s'han observat els tràmits generals que precedeixen qualsevol contracte administratiu amb les especialitats que preveu el Reglament general de contractació als articles 191, següents i concordants, i, pel que fa a la qüestió que ens ocupa, s'ha fet constar en el quadre de característiques generals del contracte (PCAP) la no-exigència de garantia definitiva (ni provisional), atès que no es consigna quantia en la cel·la corresponent. Aquest criteri s'empara, a més, en la consideració que en aquests tipus de contractes persisteixen les circumstàncies que justificaven de manera explícita aquesta exempció, ja que la responsabilitat de l'execució continuarà recaient íntegrament en l'òrgan gestor, i, en conseqüència, en sentit ampli, no existeixen conceptes per als quals ha de respondre la garantia definitiva, en els termes dels contractes administratius d'obres, en els quals hi ha un desplaçament de la responsabilitat total en l'adjudicatari del contracte.*

*Això no obstant, i malgrat la ferma opció del criteri esmentat abans no és aliè a aquesta Conselleria que respecte de l'obligatorietat o no de l'exigència de garantia definitiva en aquest tipus de contractes, pot suscitar-se el dubte jurídic, per la qual cosa seria convenient traslladar la qüestió a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa per tal que, i partint de l'anàlisi exhaustiva de la naturalesa jurídica d'aquests contractes de col·laboració, es pronunciï sobre l'obligatorietat o no de la prestació de la garantia definitiva.*

*D'acord amb el que disposa l'article 12 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el Registre de Contractes i el Registre de Contractistes, en relació amb l'article 15.1 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la CAIB, respecte de la legitimació activa per sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la CAIB, es fa la sol·licitud següent:*

***“Que la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears es pronunciï respecte de la consulta jurídica següent: Continua vigent l'article 191 del Reglament general de contractació de l'Estat en tots els termes i, en concret, en el de la no-obligatorietat de prestar fiança en els contractes de col·laboració (cost i costes)?”***

*D'acord amb el que estableix l'article 16, apartats 1 i 2 del Reglament d'organització i funcionament de la JCCA, s'acompanya l'informe jurídic preceptiu a aquesta sol·licitud, d'acord amb el que exigeix l'apartat 3 de l'esmentat article 16 del Reglament d'organització i funcionament de la JCCA.”*

## **PRESSUPÒSITS D'ADMISSIBILITAT**

En el mateix escrit de consulta es contenen les referències reglamentàries sobre la legitimació per sol·licitar informes i els requisits formals que s'exigeixen, i es compleixen així ambdós aspectes.

## **CONSIDERACIONS JURÍDIQUES**

**PRIMERA.** Després d'una exposició justificativa de la manera d'interpretar la normativa d'aplicació en els supòsits de contractes de col·laboració per a l'execució d'obres per la mateixa Administració, i sobre la qual aquesta Junta exposarà llavors el seu parer, l'interpel·lant conclou amb la pregunta següent: *Continua vigent l'article 191 del Reglament general de contractació de l'Estat en tots els termes i, en concret, en el de la no-obligatorietat de prestar fiança en els contractes de col·laboració (cost i costes)?*

La resposta immediata no pot ser altra que la que conté la disposició derogatòria única de la Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques, que, a l'apartat 1.b), disposava:

*“Queden derogades les disposicions següents:*

*...*

*b) El Reglament general de contractació de l'Estat aprovat per Decret 3410/1975, de 25 de novembre, les disposicions que el modifiquen, en allò que no s'oposin al que s'estableix en aquesta Llei...”*

La Conselleria fins ara ha considerat vigent l'article 191 de l'RGCE com afirma en el seu escrit de sol·licitud, la qual cosa equival a dir que aquest precepte no s'oposa al que estableix la Llei de contractes de les administracions públiques (text refós aprovat per l'RDLEG 2/2000, de 16 de juny –LCAP-); no obstant això, aquesta Junta entén que sí hi ha oposició entre determinats aspectes regulats en aquest article 191 i alguns preceptes de l'LCAP, i aquest informe es limita a posar de manifest només aquells que s'al·ludeixen expressament en l'escrit de la Conselleria.

L'article 191 de l'RGCE diu, en els paràgrafs que ara interessen, el següent:

*“Els contractes de col·laboració tendran naturalesa administrativa, però no la de contractes d'obres tal com es configuren en aquest Reglament, ja que la responsabilitat de l'execució de l'obra continuarà recaient íntegrament en l'òrgan gestor de l'Administració, i al col·laborador no n'hi arribaran altres que les derivades de l'incompliment de les clàusules estipulades en el seu contracte o de les instruccions que com a complement o aclariment d'aquestes rebí del director de les obres. El contracte es formalitzarà en document administratiu i no serà obligatòria la prestació de la fiança.*

*L'elecció dels col·laboradors s'efectuarà en allò que sigui possible amb la consulta prèvia a més d'un empresari entre aquells que l'òrgan gestor de les obres estimi degudament capacitats per a aquestes finalitats”.*

I l'LCAP, per la seva part, diu a l'article 40:

*“Sense perjudici del que s'estableix en els articles anteriors, només s'exceptuen del requisit de constitució de garantia provisional o definitiva, si n'és el cas, les entitats que tinguin reconeguda aquesta excepció per les lleis estatals o les disposicions autonòmiques corresponents, limitada en aquest darrer supòsit a l'àmbit competencial respectiu”.*

I a l'article 152, apartat 3, diu:

*“Quan l'execució de les obres s'efectuï mitjançant contractes de col·laboració amb empresaris particulars, aquests contractes tendran caràcter administratiu, però no constituiran contracte d'obres, ja que l'execució d'aquestes serà a càrrec de l'òrgan gestor de l'Administració. La selecció de l'empresari col·laborador s'efectuarà pels procediments i les formes d'adjudicació establerts en els articles 73 i 74 d'aquesta Llei”.*

**SEGONA.** L'expressió imperativa utilitzada per l'article 40 de l'LCAP (*"només s'exceptuen del requisit de constitució de garantia..."*), que és legislació bàsica a tenor de la disposició final primera de l'LCAP, no deixa més opció que les excepcions indicades en el mateix precepte, entre les quals hi ha les establertes en els articles anteriors (articles 37, 38 i 39), cap dels quals fa referència als contractes de col·laboració en els termes de l'article 191 del Reglament.

En virtut d'això, hem de considerar derogat, en principi, en aquest punt l'article 191 del Reglament. No obstant això, l'article 37 de l'LCAP permet que en els contractes administratius especials la garantia definitiva pugui ser dispensada *"...quan així es faci constar en el plec de clàusules administratives particulars, i es motivin en l'expedient de contractació les causes d'aquesta dispensa"*.

Es concorda amb el sol·licitant que aquests contractes de col·laboració són contractes administratius especials pel joc dels articles 152.3 (no són contractes d'obres) i 5.2.b) (són especials els d'objecte distint als típics però de naturalesa administrativa), i seria possible dispensar-los de la garantia definitiva complint els requisits exigits per l'article 37 de l'LCAP (fer-ho constar en els plecs i motivar-ho en l'expedient), o aquells altres, de major o menor rigor, que l'Administració autonòmica vulgui establir, atès el caràcter no bàsic d'aquest article.

Per altra banda, l'article 35.1, darrer paràgraf, disposa que en els contractes especials la garantia provisional serà potestativa per a l'òrgan de contractació.

En definitiva, el que hi ha és una nova regulació de la garantia definitiva en aquests contractes de col·laboració, en els mateixos termes generals de regulació que conté l'LCAP, amb la possibilitat de dispensar-la, i un indicatiu d'això és que en el nou projecte del Reglament de l'LCAP (art. 176) en tractar d'aquest tipus de contractes, s'omet qualsevol referència a les garanties.

En darrer lloc, respecte a la justificació que el sol·licitant fa sobre la no-obligatorietat de la fiança ja que la responsabilitat de l'obra recau en l'òrgan gestor de l'Administració i que no hi ha conceptes per als quals han de respondre la garantia, s'ha de precisar que l'article 43 de l'LCAP explicita de manera clara i concreta els conceptes per als quals responen les garanties – provisionals i definitives- i que el mateix article 191 de l'RGCE recull com a responsabilitats que incumbeixen al col·laborador les derivades de l'incompliment de les clàusules estipulades en el seu contracte, supòsit inclòs plenament en l'esmentat article 43.

**TERCERA.** Encara que la pregunta omet la concreció sobre l'adjudicació dels contractes de col·laboració, i s'adreça de manera més directa a l'exigència de garanties, el que és cert és que es qüestiona la vigència de l'article 191 *"en tots els termes"*, i en la part expositiva de l'escrit es diu que *"la forma d'adjudicació ha estat gairebé en la totalitat dels expedients la del procediment negociat sense publicitat"*

*prèvia, ja que la regla general d'utilització preferent del concurs i la subhasta s'inverteix i opera de manera supletòria per a aquest tipus de contractes”, afirmació que aquesta Junta no comparteix ni arriba a entendre el perquè de la inversió de la regla general, que si bé va poder tenir raó de ser, segons l'Informe de la Intervenció General de l'Estat, de 25 de juliol de 1995, que va interpretar la vigència del paràgraf quart de l'article 191 del Reglament com a disposició especial que s'inclina per la utilització del procediment negociat atès que no es disposava res respecte d'això en la redacció de l'article 153 de la Llei 13/1995 de contractes de les administracions públiques (avui 152 del text refós); després de la modificació de la Llei, efectuada per la Llei 53/1999, de 28 de desembre, que afegeix un nou paràgraf a l'apartat 3 d'aquest article, específicament destinat a la selecció de l'empresari col·laborador, va perdre tota consistència jurídica aquesta interpretació. Així, si contraposem les redaccions de l'article 191 de l'RGCE i l'article 152.3 de l'LCAP, transcrits en la consideració precedent, el que s'observa és una nova regulació, també en aquest aspecte, dels procediments i les formes d'adjudicació, i LCAP es remet, en aquest punt, al que s'estableix en els articles 73 i 74 de la Llei, que regulen els procediments obert, restringit i negociat, com també les formes d'adjudicació per subhasta i per concurs, enfront de la regulació anterior prevista a l'article 191 de l'RGCE, que només al·ludia a la contractació directa “amb la consulta prèvia a més d'un empresari en allò que sigui possible”. Per tant, ha de prevaler el que disposa l'LCAP, i s'ha de tenir en compte la regla general de l'article 75, que estableix la subhasta i el concurs com a formes d'adjudicació d'utilització normal, i el procediment negociat “només pertocarà en els casos que determina el llibre II d'aquesta Llei per cada tipus de contracte”.*

Està clar que el contracte administratiu especial, en el qual s'inclou el contracte de col·laboració, no té regulació específica en el llibre II de la Llei, que només tracta dels contractes típics (obres, gestió de serveis públics, subministraments, serveis i consultoria i assistència), però tal com diu la doctrina que ha establert la Junta Consultiva del Ministeri d'Hisenda (informes 67/96 i 66/00), quan es tracti de contractes especials es podrà utilitzar el procediment negociat per les causes enumerades en els articles del llibre II de la Llei que més s'ajustin al mateix objecte del contracte. I en aquesta línia, també es manifesta el projecte de Reglament de la Llei, actualment en el tràmit d'informe del Consell d'Estat, on ja d'una manera directa, a l'article 176, dedicat, com el seu títol indica, als contractes de col·laboració, es disposa que “...el procediment negociat per a l'adjudicació dels contractes a què fa referència l'apartat anterior només pertocarà en els casos dels articles 140,141,181,209 i 210 de la Llei, segons la naturalesa de la prestació contractada”.

## **CONCLUSIÓ**

1 L'article 191 del Reglament general de contractació de l'Estat només és vigent en allò que no s'oposi al que estableix la Llei de contractes de les administracions públiques, i hi ha diversos aspectes de contraposició, entre els quals es troben els que es fan referència en les consideracions d'aquest Informe.

2 En els contractes de col·laboració per a l'execució d'obres per la mateixa Administració és preceptiva la prestació de fiança definitiva, llevat que l'òrgan de contractació la dispensi en els termes i amb els requisits fixats a l'article 37 de l'LCAP.

3 L'exigència de garantia provisional en aquests contractes és potestativa per a l'òrgan de contractació, d'acord amb el que disposa l'article 35.1, darrer paràgraf, de l'LCAP.