



## **Acord del Ple de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 7 de juny de 2018**

### **Informe 3/2018, de 7 de juny, del Ple de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa. Projecte de decret pel qual es regula el règim jurídic de les garanties i els dipòsits custodiats per la Dipositaria de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears**

#### **Antecedents**

1. La secretària general de la Conselleria d'Hisenda i Administracions Públiques va sol·licitar a aquesta Junta Consultiva que emetés un informe sobre el Projecte de decret pel qual es regula el règim jurídic de les garanties i els dipòsits custodiats per la Dipositaria de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, la disposició final primera del qual modifica l'article 5 del text consolidat del Decret sobre contractació de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, aprovat pel Decret 14/2016, d'11 de març.
2. L'informe sol·licitat té caràcter preceptiu, de conformitat amb l'apartat 1r de l'article 2 *a* del text consolidat del Decret 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, aprovat pel Decret 3/2016, de 29 de gener, que preveu que correspon a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, entre altres funcions, emetre un informe preceptiu en els projectes normatius en matèria de contractació administrativa i en els que afecten la Junta Consultiva de Contractació Administrativa. L'òrgan competent per emetre aquest informe és el Ple de la Junta Consultiva.
3. La secretària general de la Conselleria d'Hisenda i Administracions Públiques està legitimada per sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació, de conformitat amb l'article 12.1 del text consolidat del Decret 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, aprovat pel Decret 3/2016, de 29 de gener, i l'article 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per

l'Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997. A l'escrit de sol·licitud s'adjunta un informe de la secretària general de la Conselleria d'Hisenda i Administracions Públiques sobre la conveniència i la idoneïtat del Projecte de decret que es sotmet a informe, d'acord amb l'article 16.4 del Reglament. Per tant, es compleixen els requisits previs d'admissió per poder emetre l'informe sol·licitat.

### **Consideracions jurídiques**

1. Amb caràcter previ a l'anàlisi del Projecte de decret que es sotmet a informe, cal assenyalar que la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, com a òrgan consultiu en matèria de contractació, no es pronuncia sobre el procediment de tramitació del Projecte de decret ni sobre la competència de la Conselleria per elaborar-lo, sinó només sobre el contingut dels preceptes relatius a la contractació pública.

El Projecte de decret que es sotmet a informe consta d'un preàmbul i d'una part dispositiva integrada per vint-i-set articles —en el preàmbul s'indica erròniament que són vint-i-nou —agrupats en un capítol preliminar i tres capítols, cinc disposicions addicionals, una disposició transitòria, una disposició derogatòria, tres disposicions finals i set annexos.

En el preàmbul es fa constar que el projecte sotmès a informe respon a la necessitat d'elaborar una norma que actualitzi la regulació del règim general de les garanties dipositades en la comunitat autònoma de les Illes Balears, garanteixi la modernització de la Dipositaria de la Comunitat Autònoma i doti d'una major seguretat jurídica el règim de les garanties, d'acord amb els principis de necessitat, eficàcia i seguretat jurídica. En concret, s'explica que amb aquest Decret es regulen les modalitats de garantia admeses i els procediments per registrar-les; la custòdia, l'execució i la devolució, així com els requisits que han de complir els instruments utilitzats com a garantia i les persones o entitats que les presten.

En relació amb la contractació pública, es manifesta que s'ha respectat la normativa estatal general i bàsica a què fa referència la disposició final primera de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014.

Quant a la part dispositiva, el capítol preliminar, relatiu a les disposicions generals, defineix l'objecte i l'àmbit d'aplicació del Decret, la naturalesa, la finalitat i l'extensió de les garanties, i la comunicació prèvia a la Dipositaria de l'exigència de noves garanties; el capítol I regula el registre de les garanties i els dipòsits; el capítol II defineix de manera detallada el procés de devolució i el de cancel·lació, i determina quin és l'òrgan competent per autoritzar la devolució de les garanties i els dipòsits, i el capítol III es dedica a l'execució de les garanties.

2. L'article 1 del Projecte de decret disposa, en l'apartat 1, que el seu objecte és regular el règim jurídic de les garanties i els dipòsits que custodia la Direcció General del Tresor, Política Financera i Patrimoni i, en l'apartat 2, que el Servei de Dipositaria d'aquesta Direcció General registra els dipòsits i les garanties que consten en l'apartat 1 de l'article 2 i en tramita la devolució o l'execució.

L'article 2 disposa, en l'apartat 1, que les normes del decret són aplicables a les garanties que es constitueixen favor de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i els seus organismes autònoms.

Respecte d'això s'ha de dir que la Llei 9/2017 (en endavant, LCSP) regula l'àmbit subjectiu d'aplicació de la Llei i distingeix tres nivells de subjecció a les normes reguladores de la contractació pública. Aquestes categories són:

- Administracions públiques.
- Poders adjudicadors que no tenen el caràcter d'administració pública.
- Ens del sector públic que no tenen el caràcter de poder adjudicador.

Tenen la consideració d'administracions públiques les administracions públiques territorials i els organismes autònoms, però també els consorcis i altres entitats de dret públic que reuneixen els requisits que estableix la lletra *b* de l'apartat 2 de l'article 3.

El títol IV del llibre I de l'LCSP regula les garanties exigibles en la contractació del sector públic. El capítol I, que comprèn els articles 106 a 113, regula les garanties exigibles en els contractes subscrits amb les administracions públiques, i el capítol II, que inclou l'article 114, les garanties exigibles en altres contractes del sector públic.

Pel que fa a les garanties en els contractes de les administracions

públiques, l'article 106 regula l'exigència i el règim de la garantia provisional, i, en l'apartat 3, disposa el següent:

Quan s'exigeixin garanties provisionals, aquestes s'han de dipositar, en les condicions que les normes de desplegament d'aquesta Llei estableixin, de la manera següent:

- a) A la Caixa General de Dipòsits o a les seves sucursals enquadrades en les delegacions d'Economia i Hisenda, o a la caixa o establiment públic equivalent de les comunitats autònomes o entitats locals contractants davant les quals hagin de tenir efecte quan es tracti de garanties en efectiu.
- b) Davant l'òrgan de contractació, quan es tracti de certificats d'immobilització de valors anotats, d'aval o de certificats d'assegurança de caució.

L'apartat 1 de l'article 108, en relació amb les garanties definitives exigibles, disposa el següent:

Les garanties definitives que exigeixen els contractes subscrits amb les administracions públiques es poden prestar en alguna o algunes de les formes següents:

- a) En efectiu o en valors, que en tot cas són de deute públic, amb subjecció, en cada cas, a les condicions que estableixen les normes de desplegament d'aquesta Llei. L'efectiu i els certificats d'immobilització dels valors anotats s'han de dipositar a la Caixa General de Dipòsits o a les seves sucursals enquadrades en les delegacions d'Economia i Hisenda, o a les caixes o establiments públics equivalents de les comunitats autònomes o entitats locals contractants davant les quals hagin de tenir efectes, en la forma i amb les condicions que les normes de desplegament d'aquesta Llei estableixin, sense perjudici del que disposa per als contractes que se subscriguin a l'estranger.
- b) Mitjançant un aval, prestat en la forma i les condicions que estableixin les normes de desplegament d'aquesta Llei per algun dels bancs, caixes d'estalvis, cooperatives de crèdit, establiments financers de crèdit i societats de garantia recíproca autoritzats per operar a Espanya, que s'ha de dipositar en els establiments que assenyalava la lletra a) anterior.
- c) Mitjançant un contracte d'assegurança de caució, subscrit en la forma i les condicions que les normes de desplegament d'aquesta Llei estableixin, amb una entitat asseguradora autoritzada per operar en el ram. El certificat de l'assegurança s'ha de lliurar en els establiments que assenyalava la lletra a) anterior.

Per tant, d'acord amb aquests preceptes, les garanties provisionals constituïdes en efectiu, i les definitives constituïdes en efectiu, en valors de deute públic, mitjançant aval o mitjançant assegurança de caució, per garantir els contractes subscrits pels ens del sector públic que tenen la consideració d'administració pública s'han de dipositar en la Caixa General de Dipòsits o a les seves sucursals, o en les caixes o establiments públics equivalents de les comunitats autònomes o entitats locals contractants, és a dir, en el cas de la comunitat autònoma de les Illes Balears, en el Servei de

Dipositaria de la Direcció general del Tresor, Política Financera i Patrimoni.

Pel que fa a les garanties exigibles en els contractes de la resta d'entitats del sector públic, l'article 114 estableix que:

1. En els contractes que subscriuguin les entitats del sector públic que no tinguin la consideració d'administracions públiques, els òrgans de contractació poden exigir la prestació d'una garantia als licitadors o candidats, per respondre del manteniment de les seves ofertes fins a l'adjudicació i, si s'escau, formalització del contracte, o a l'adjudicatari, per assegurar l'execució correcta de la prestació.
2. L'import de la garantia, que es pot presentar en alguna de les formes que preveu l'article 108, sense que sigui necessària la seva constitució a la Caixa General de Dipòsits, així com el règim de la seva devolució o cancel·lació, els ha d'establir l'òrgan de contractació, ateses les circumstàncies i característiques del contracte, sense que pugui sobrepassar els límits que estableixen els articles 106.2 i 107.2, segons el cas.

Així doncs, un cop analitzada la regulació que conté l'LCSP, es considera que l'àmbit d'aplicació del Projecte de decret hauria d'incloure, almenys pel que fa a la contractació pública, no només l'Administració de la Comunitat Autònoma i els seus organismes autònoms, sinó també la resta d'ens del sector públic que tinguin la consideració d'administració pública a efectes de l'LCSP.

Cal tenir en compte que l'LCSP ha modificat l'àmbit subjectiu d'aplicació de la norma respecte de la normativa anterior i, en particular, ha ampliat les entitats que tenen la consideració d'administració pública.

S'ha de dir que una ampliació de l'àmbit subjectiu del Projecte de decret afectaria també la disposició addicional segona, relativa als dipòsits i les garanties registrats a favor d'altres ens integrants dels sector públic instrumental, i a tots els annexos.

3. La disposició final primera del projecte de decret modifica l'article 5 del text consolidat del Decret sobre contractació de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, aprovat per Decret 14/2016, d'11 de març. Aquesta disposició final té el tenor literal següent:

**Disposició final primera**  
**Modificació del text consolidat del Decret sobre contractació de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, aprovat per Decret 14/2016, d'11 de març**

L'article 5 del text consolidat del Decret sobre contractació de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, aprovat pel Decret 14/2016, d'11 de març, queda modificat de la manera següent:

## **Article 5**

### **Garanties**

1. Les garanties, ja siguin provisionals o definitives, s'han d'ajustar als models aprovats pel director general del Tresor, Política Financera i Patrimoni i han de complir els requisits que s'estableixen en el Decret pel qual es regula el règim jurídic de les garanties i els dipòsits custodiats per la Dipositaria de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.
2. Quan les garanties provisionals es constitueixin mitjançant valors públics, aval o assegurança de caució, s'han de presentar davant l'òrgan de contractació i han de quedar sota la custòdia de la persona responsable de la unitat administrativa de contractació corresponent.
3. Les garanties provisionals constituïdes en efectiu s'han de custodiar en la Dipositaria, i el licitador ha de presentar a l'òrgan de contractació l'exemplar del resguard per a aquest òrgan que la Dipositaria expedeixi, i també el justificant del pagament si es fa en efectiu.
4. En cas que s'hagin d'executar les garanties provisionals, el document físic dels avals i els certificats d'assegurança de caució s'han de trametre a la Dipositaria perquè els registri i s'ha de tramitar el procediment que regulen els articles 23 i següents del Decret esmentat.
5. Les garanties definitives, qualsevol que sigui la forma en què es constitueixin, s'han de custodiar en la Dipositaria, i l'adjudicatari n'ha d'acreditar el registre mitjançant la tramesa a l'òrgan de contractació de l'exemplar del resguard per a aquest òrgan que la Dipositaria expedeixi, juntament amb una còpia de la garantia en cas d'avals i assegurances de caució, i del justificant de pagament en cas de garanties en efectiu. En cas de garanties amb retenció en el preu, serà l'òrgan de contractació el que comuniqui a la dipositaria que l'adjudicatari ha optat per aquesta forma de garantia, d'acord amb allò que preveu el Decret esmentat en l'apartat anterior.
6. En cas d'unions temporals d'empreses, les garanties tant provisionals com definitives les pot constituir una empresa o algunes de les empreses participants, sempre que en conjunt s'assoleixi la quantia requerida en els plecs i garanteixi solidàriament totes les integrants de la unió temporal.
7. No s'ha d'exigir la constitució de garanties en els contractes menors.
8. En el cas de tramitació d'emergència, es pot iniciar l'execució del contracte sense la constitució prèvia d'una garantia, sens perjudici que l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears o els seus organismes autònoms puguin exigir-ne la constitució en qualsevol moment de l'execució del contracte.
9. Quan siguin d'entitats públiques empresarials o altres entitats que no siguin administracions públiques a efectes de la legislació de contractes públics, les garanties s'han de dipositar davant el mateix òrgan de contractació.

Una vegada analitzada la modificació que es proposa, cal posar de manifest les consideracions següents:

- L'apartat 1 de la modificació que es proposa no afecta el contingut de la regulació que amb caràcter bàsic es fa en l'LCSP, sinó que la complementa introduint les especificitats pròpies i derivades de l'organització administrativa autonòmica.
- El contingut dels apartats 2 i 3 es correspon amb el que disposa l'apartat 3 de l'article 106 de l'LCSP abans esmentat, pel que fa al dipòsit de les garanties provisionals, i ho complementa amb especificitats pròpies de l'organització de l'Administració autonòmica.

Atès que la redacció no és prou clara quant a la documentació que s'ha de presentar en cada supòsit (ingrés en entitat financera o transferència bancària), es recomana aclarir la redacció.

- L'apartat 4 fa referència a l'execució de les garanties provisionals i remet al procediment que regulen l'article 23 i els següents del Projecte de decret.

S'observa que aquests articles regulen l'execució de les garanties, ja siguin provisionals o definitives i sigui quin sigui el mitjà a través del qual s'hagin constituït, motiu pel qual sembla convenient que aquest apartat es refereixi a l'execució de totes les garanties, no només a les provisionals.

Pel que fa a la documentació que s'ha de trametre a la Dipositaria, s'observa que no es fa cap referència al cas en què es constitueixen les garanties en valors de deute públic que es preveuen en l'article 9 del Projecte de decret.

A l'efecte de claredat en la redacció, es recomana, en relació amb la remissió al "Decret esmentat", especificar que és el que s'esmenta en l'apartat 1.

- L'apartat 5 es refereix a la constitució de les garanties definitives.

Quant a la referència a les garanties constituïdes mitjançant retenció en el preu, es recomana, en relació amb la remissió al "Decret esmentat en l'apartat anterior", especificar, d'una banda, l'article concret del decret

que regula aquestes garanties, i, de l'altra, que el decret en qüestió és el que s'esmenta en l'apartat 1.

- L'apartat 6, relatiu a la constitució de garanties definitives en cas d'unions temporals d'empreses, és conforme amb el que disposa l'article 61 del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre.
- L'apartat 7, el qual estableix que no s'ha d'exigir la constitució de garanties en els contractes menors, es considera conforme amb la regulació que del contracte menor i de les garanties conté l'LCSP.

La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat ja va considerar, en l'Informe 12/2002, de 13 de juny, que en els contractes menors no s'havien d'exigir garanties definitives, ateses, d'una banda, la naturalesa d'aquests contractes, que es defineixen exclusivament per raó de la quantia i que requereixen una tramitació senzilla en què no es preveu la constitució de garanties, i, de l'altra, la situació comparativament injusta que es produiria si s'exigís, en relació amb altres tipus de contractes, respecte dels quals la Llei en aquell moment preveia la possibilitat d'eximir l'adjudicatari de constituir la garantia definitiva.

S'ha de dir que avui, amb la nova regulació de l'LCSP, que preveu un nou procediment de contractació en què no s'exigeix la constitució d'alguna o de cap garantia, encara és més evident que en els contractes menors no se n'ha de exigir cap.

Així, el nou procediment obert simplificat, aplicable als contractes d'obres el valor estimat dels quals sigui igual o inferior a 2.000.000 d'euros, i als contractes de subministrament i de serveis el valor estimat dels quals sigui igual o inferior a 100.000 euros, neix amb la vocació de convertir-se en un procediment molt àgil en el qual els tràmits se simplifiquen al màxim. De fet, en aquest procediment no s'exigeix la constitució de garantia provisional.

A més, l'LCSP preveu que ni tan sols es requereixi la constitució de garantia definitiva en el procediment obert simplificat amb tramitació abreujada, aplicable en el cas de contractes d'obres d'un valor estimat inferior a 80.000 euros, i en contractes de subministrament i de serveis



d'un valor estimat inferior a 35.000 euros, llevat que tinguin per objecte prestacions de caràcter intel·lectual.

En definitiva, tenint en compte la regulació del procediment obert simplificat, no resultaria coherent exigir la constitució de garanties en els contractes menors.

- L'apartat 8 fa referència a la constitució d'una garantia en els casos de tramitació d'emergència.

A parer d'aquesta Junta Consultiva, s'haurien de modificar les entitats que s'esmenten en aquest apartat, de conformitat amb el que s'ha comentat en la consideració jurídica segona en relació amb l'àmbit subjectiu d'aplicació del Projecte de decret. En cas que es modifiqui l'àmbit subjectiu, s'hauria de modificar també aquest apartat.

Cal advertir que l'àmbit subjectiu del decret en el qual s'insereix la modificació proposada, és a dir, el text consolidat del Decret sobre contractació de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, aprovat pel Decret 14/2016, d'11 de març, inclou l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i el seu sector públic instrumental.

- L'apartat 9 és conforme amb l'article 114 de l'LCSP. No obstant això, inclou una referència a les entitats públiques empresarials i a les entitats que no siguin administracions públiques, que s'hauria d'adaptar al nou àmbit subjectiu de l'LCSP, de manera que es recomana substituir la frase actual per una referència genèrica a les entitats del sector públic que no tenen la consideració d'administració pública.

4. La disposició addicional cinquena del Projecte de decret aprova els models següents:

- a) Annex 1: model de dipòsits i garanties en efectiu.
- b) Annex 2: model de declaració responsable d'identificació dels valors pignorats.
- c) Annex 3: model d'aval prestat per entitats de crèdit o societats de garantia recíproca.
- d) Annex 4: model d'aval solidari futura UTE prestat per entitats de crèdit o societats de garantia recíproca.
- e) Annex 5: model de certificat d'assegurança de caució.
- f) Annex 6: model de certificat d'assegurança de caució futura UTE.

g) Annex 7: model d'aval personal.

La disposició final primera del Reglament general abans esmentat disposa, en l'apartat 2, i pel que fa a les garanties, que les comunitats autònomes poden elaborar els models a què fan referència els annexos III, IV, V i VI d'aquest Reglament, que han de recollir, com a mínim, la informació i el contingut d'aquests.

En el Projecte de decret es recullen, tot i que són models genèrics no específics en matèria de contractació, models d'annexos per als annexos III, V i VI del Reglament general.

Un cop analitzats els annexos que es proposen a fi de determinar si la informació i el contingut s'adeqüen al Reglament general, s'ha de dir, d'una banda, tot i que aquesta observació no es considera essencial, que tal vegada seria més clar si s'elaboressin uns models específics en matèria de contractació, i, de l'altra, que s'observa que en els annexos 5 i 6 no hi ha la frase relativa al compliment dels requisits de l'article 57.1 del Reglament general, que sí és present en l'annex VI d'aquest, motiu pel qual es recomana introduir-la. Atès que els annexos 5 i 6 fan una remissió a l'article 11.1 del Projecte de decret, és en aquest precepte en el qual s'hauria introduir la referència esmentada.

Finalment, tal com ja s'ha dit en la consideració jurídica segona, si es modifica l'àmbit subjectiu del Projecte de decret també s'han de modificar tots els annexos, almenys, quant a la contractació pública, perquè els que es proposen incorporen referències a determinats òrgans en les instruccions per emplenar-los, però no contenen cap referència a les entitats que no estan incloses en l'àmbit subjectiu i que, a parer d'aquesta Junta Consultiva, sí s'hi haurien d'incloure.

## Conclusions

Atès tot això, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa informa favorablement sobre el Projecte de decret pel qual es regula el règim jurídic de les garanties i els dipòsits custodiats per la Dipositaria de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, sempre que s'incorporin les modificacions proposades en aquest Informe.