

Informe 13/01, de 27 de Septiembre de 2001

GARANTÍAS EN LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN PARA LA EJECUCIÓN DE OBRAS POR LA PROPIA ADMINISTRACIÓN. VIGENCIA DEL ART. 191 DEL R.G.C.E.

Antecedentes

Por el Secretario General Técnico de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes se dirige escrito a esta Junta Consultiva del siguiente tenor literal:

“La Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes ha venido tramitando anualmente un número considerable de contratos de colaboración por el sistema de coste y costas previsto en el artículo 191 del Reglamento General de Contratación del Estado, para efectuar las obras de conservación y mantenimiento de las carreteras de titularidad de esta comunidad autónoma; supuesto expresamente recogido en el apartado g) del artículo 152 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La forma de adjudicación ha sido en la práctica totalidad de los expedientes la del procedimiento negociado sin publicidad previa, puesto que la regla general de utilización preferente del concurso y la subasta se invierte y opera de forma supletoria para este tipo de contratos.

Partiendo de la naturaleza jurídica especial de estos contratos, que le confiere la normativa de aplicación [art. 5.2.b) del TRALCAP] (esto es: contratos que tienen carácter administrativo, pero no contratos de obras), y atendiendo al hecho de que, desde esta Consejería se ha entendido vigente el artículo 191 del Reglamento General de Contratación del Estado, por cuanto la responsabilidad de la ejecución de la obra seguirá recayendo íntegramente en el órgano gestor de la Administración, no ha lugar a la obligatoriedad de la prestación de fianza, en los términos explicitados en el precitado artículo 191 del Reglamento General de Contratación del Estado.

En consecuencia, en la tramitación de dichos expedientes se han observado los trámites generales que preceden a cualquier contrato administrativo con las especialidades que contempla el Reglamento General de Contratación en los artículos 191, siguientes y concordantes, y, por lo que respecta a la cuestión que nos ocupa, se ha hecho constar en el cuadro de características generales del contrato (PCAP) la no exigencia de garantía definitiva (ni provisional), al no consignarse cuantía en la correspondiente celda. Dicho criterio se ampara, además, en la consideración de que en este tipo de contratos persisten las circunstancias que justificaban de manera explícita esta exención, puesto que la responsabilidad de la ejecución continúa recayendo íntegramente en el órgano gestor, y, en consecuencia, en sentido amplio, no

existen conceptos para los que ha de responder la garantía definitiva, en los términos de los contratos administrativos de obras, en los que existe un desplazamiento de la responsabilidad total en el adjudicatario del contrato.

Ello no obstante, y pese a la firme opción del criterio antedicho no es ajeno a esta Consejería que al respecto de la obligatoriedad o no de la exigencia de garantía definitiva en este tipo de contratos, puede suscitarse la duda jurídica, por lo que resultaría conveniente trasladar la cuestión a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa para que, partiendo del análisis exhaustivo de la naturaleza jurídica de dichos contratos de colaboración, se pronuncie sobre la obligatoriedad o no de la prestación de la garantía definitiva.

En atención a lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 20/1997, de 7 de Febrero por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears, el Registro de Contratos y el Registro de Contratistas, en relación con el artículo 15.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativo de la CAIB, al respecto de la legitimación activa para solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CAIB, formulo la siguiente solicitud:

“Que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de les Illes Balears se pronuncie al respecto de la siguiente consulta jurídica: ¿Continúa vigente el artículo 191 del Reglamento General de contratación del Estado en todos sus términos, y en concreto en el de la no obligatoriedad de prestar fianza en los contratos de colaboración (coste y costas)?”

De acuerdo con lo establecido en el artículo 16, apartados 1 y 2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la JCCA, se acompaña el Informe Jurídico preceptivo a la presente solicitud, en atención a lo exigido en el apartado 3 del precitado artículo 16 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la JCCA.”

PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD

En el propio escrito de consulta se contienen las referencias reglamentarias sobre la legitimación para solicitar informes y los requisitos formales exigidos, cumpliéndose ambos aspectos.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- Después de una exposición justificativa de la manera de interpretar la normativa de aplicación en los supuestos de contratos de colaboración para la ejecución de obras por la propia Administración, y sobre la que esta Junta manifestará luego su parecer, concluye el interpelante con la siguiente pregunta:

¿Continúa vigente el artículo 191 del Reglamento General de contratación del Estado en todos sus términos, y en concreto en el de la no obligatoriedad de prestar fianza en los contratos de colaboración (coste y costas)?”

La respuesta inmediata no puede ser otra que la contenida en la Disposición Derogatoria Única de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que en el apartado 1.b), disponía:

“Quedan derogadas las siguientes disposiciones:

...

b) El Reglamento General de Contratación del Estado aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de Noviembre, las disposiciones modificativas del mismo, en cuanto se opongan a lo establecido en esta Ley...”

La Consejería ha venido considerando vigente el art. 191 del RGCE como afirma en su escrito de solicitud, lo que equivale a decir que dicho precepto no se opone a lo establecido en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (texto refundido aprobado por R.D. Legislativo 2/2000, de 16 de junio –LCAP-); sin embargo esta Junta entiende que sí existe oposición entre determinados aspectos regulados en este artículo 191, y algunos preceptos de la LCAP, limitándonos en este informe a poner de manifiesto sólo aquellos que son aludidos expresamente en el escrito de la Consejería.

Dice el artículo 191 del RGCE, en los párrafos que ahora interesan, lo siguiente:

“Los contratos de colaboración tendrán naturaleza administrativa, pero no la de contratos de obras tal como se configuran en este Reglamento, ya que la responsabilidad de la ejecución de la obra seguirá recayendo íntegramente en el órgano gestor de la Administración, sin que al colaborador le alcancen otras que las derivadas del incumplimiento de las cláusulas estipuladas en su contrato o de las instrucciones que como complemento o aclaración de ellas reciba del director de las obras. El contrato se formalizará en documento administrativo y no será obligatoria la prestación de fianza.

La elección de los colaboradores se efectuará en cuanto sea posible previa consulta a más de un empresario entre aquellos que el órgano gestor de las obras estime debidamente capacitados para estos fines.”

Y la LCAP, por su parte, dice en el art. 40:

“Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, sólo quedan exceptuados del requisito de constitución de garantía provisional o definitiva, en su caso, las entidades que tengan reconocida esta excepción por las leyes estatales o las disposiciones autonómicas correspondientes, limitada en este último supuesto al respectivo ámbito competencial.”

Y en el art. 152, apartado 3, dice:

“Cuando la ejecución de las obras se efectúe mediante contratos de colaboración con empresarios particulares, estos contratos tendrán carácter

administrativo, pero no constituirán contrato de obras, ya que la ejecución de las mismas estará a cargo del órgano gestor de la Administración. La selección del empresario colaborador se efectuará por los procedimientos y formas de adjudicación establecidos en los artículos 73 y 74 de esta Ley.”

Hay, pues, una aparente contradicción de regulación que necesita una mayor profundidad de análisis al objeto de determinar cuál sea la norma a aplicar en cada caso.

SEGUNDA.- La expresión imperativa utilizada por el art. 40 de la LCAP (“...sólo quedan exceptuados del requisito de constitución de garantía...”), que es legislación básica a tenor de la disposición final primera de la LCAP, no deja más opción que las excepciones indicadas en el propio precepto, entre las que se encuentran las establecidas en los artículos anteriores (artículos 37,38 y 39), ninguno de los cuales se refiere a los contratos de colaboración en los términos del art. 191 del Reglamento.

En vista de ello, tenemos, en principio, que considerar derogado en este punto el art. 191 del Reglamento. Sin embargo, el artículo 37 de la LCAP permite que en los contratos administrativos especiales la garantía definitiva pueda ser dispensada “...cuando así se haga constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, debiendo motivarse en el expediente de contratación las causas de tal dispensa”.

Concordando con el solicitante que éstos contratos de colaboración son contratos administrativos especiales por el juego de los artículos 152.3 (no son contratos de obras) y 5.2.b) (son especiales los de objeto distinto a los típicos pero de naturaleza administrativa), sería posible dispensarlos de la garantía definitiva cumpliendo los requisitos exigidos por el art. 37 de la LCAP (hacerlo constar en los pliegos y motivarlo en el expte.), o aquellos otros, de mayor o menor rigor, que la Administración Autonómica quiera establecer, dado el carácter no básico de este artículo.

Por otra parte, el art. 35.1, último párrafo, dispone que en los contratos especiales la garantía provisional será potestativa para el órgano de contratación.

En definitiva, lo que existe es una nueva regulación de la garantía definitiva en estos contratos de colaboración, en los mismos términos generales de regulación contenidos en la LCAP, con la posibilidad de su dispensa, y un indicio de ello, es que en el nuevo proyecto del Reglamento de la LCAP (art. 176) al tratar de este tipo de contratos, se omite cualquier referencia a las garantías.

Por último, respecto a la justificación que el solicitante realiza sobre la no obligatoriedad de la fianza dado que la responsabilidad de la obra recae en el órgano gestor de la Administración y de que no existen conceptos para los que han de responder la garantía, se ha de precisar que el art. 43 de la LCAP

explicita de forma clara y concreta los conceptos por los que responden las garantías –provisionales y definitivas- y que el propio art. 191 del RGCE recoge como responsabilidades que incumben al colaborador las derivadas del incumplimiento de las cláusulas estipuladas en su contrato, supuesto incluido plenamente en el citado art. 43.

TERCERA.- Aunque la pregunta omite la concreción sobre la adjudicación de los contratos de colaboración, dirigiéndose de forma más directa a la exigencia de garantías, lo cierto es que se cuestiona la vigencia del art. 191 *“en todos sus términos”*, y en la parte expositiva del escrito se dice que *“la forma de adjudicación ha sido en la práctica totalidad de los expedientes las del procedimiento negociado sin publicidad previa, puesto que la regla general de utilización preferente del concurso y la subasta se invierte y opera de forma supletoria para este tipo de contratos”*, afirmación que esta Junta no comparte ni alcanza a entender el por qué de la inversión de la regla general, que si bien pudo tener alguna razón de ser, según el informe de la Intervención General del Estado, de 25 de Julio de 1995, que vino a interpretar la vigencia del párrafo cuarto del art. 191 del Reglamento como disposición especial que se inclina por la utilización del procedimiento negociado al no disponerse nada al respecto en la redacción del artículo 153 de la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas (hoy 152 del texto refundido); después de la modificación de la Ley, efectuada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, añadiendo un nuevo párrafo al apartado 3 de dicho artículo, específicamente destinado a la selección del empresario colaborador, perdió toda consistencia jurídica tal interpretación. Así si contraponemos las redacciones del art. 191 del RGCE y el art. 152. 3 de la LCAP, transcritos en la consideración precedente, lo que se observa es una nueva regulación, también en este aspecto, de los procedimientos y formas de adjudicación, remitiéndose la LCAP, en este punto, a lo establecido en los artículos 73 y 74 de la Ley, que regulan los procedimientos abierto, restringido y negociado, así como las formas de adjudicación por subasta y por concurso, frente a la regulación anterior contemplada en el art. 191 del RGCE que sólo aludía a la contratación directa *“previa consulta a más de un empresario en cuanto sea posible”*. Por tanto, ha de prevalecer lo dispuesto en la LCAP, teniéndose en cuenta la regla general del art. 75, que establece la subasta y el concurso como formas de adjudicación de utilización normal, y el procedimiento negociado *“solo procederá en los casos determinados en el Libro II de la presente Ley para cada clase de contrato”*.

Claro está que el contrato administrativo especial, en el que se incardina el contrato de colaboración, no tiene regulación específica en el Libro II de la Ley, que sólo trata de los contratos típicos (obras, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y consultoría y asistencia), pero como reza la doctrina sentada por la Junta Consultiva del Ministerio de Hacienda (informes 67/96 y

66/00), cuando de contratos especiales se trate podrá utilizarse el procedimiento negociado por las causas enumeradas en los artículos del Libro II de la Ley que más se ajustan al propio objeto del contrato. Y en esa línea, también se manifiesta el proyecto de Reglamento de la Ley, actualmente en el trámite de informe del Consejo de Estado, donde ya de una manera directa, en el art. 176, dedicado, como su propio título indica, a los contratos de colaboración, se dispone que *“...El procedimiento negociado para la adjudicación de los contratos a que se refiere el apartado anterior solo procederá en los casos de los artículos 140, 141, 181, 182, 209 y 210 de la Ley, según la naturaleza de la prestación contratada”*.

CONCLUSIÓN.-

- 1.- El artículo 191 del Reglamento General de Contratación del Estado sólo está vigente en cuanto no se oponga a lo establecido en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, existiendo varios aspectos de contraposición, entre los que se encuentran los referidos en las consideraciones del presente informe.
- 2.- En los contratos de colaboración para la ejecución de obras por la propia Administración es preceptiva la prestación de fianza definitiva, salvo que por el órgano de contratación se dispense la misma en los términos y con los requisitos fijados en el art. 37 de la LCAP.
- 3.- La exigencia de garantía provisional en estos contratos es potestativa para el órgano de contratación, conforme a lo dispuesto en el art. 35.1, último párrafo, de la LCAP.