

INFORME 7/02, de 26 de septiembre de 2002

GARANTIAS. EFECTOS CUANDO SON DEPOSITADAS ANTE UNA EMPRESA PÚBLICA (IBANAT). ÓRGANO COMPETENTE PARA LA INCAUTACIÓN.

ANTECEDENTES

La Secretaria General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente solicita informe a la Junta Consultiva mediante traslado del escrito que, a su vez, le dirige la Directora - Gerente de la empresa pública IBANAT (Instituto Balear de la Naturaleza), del siguiente tenor literal:

“ASUNTO: SOLICITUD DE INFORME A LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, CON RELACIÓN A LAS GARANTÍAS, PROVISIONALES Y DEFINITIVAS, CUANDO ÉSTAS SE DEPOSITEN MEDIANTE AVAL O CERTIFICADO DE SEGURO.

Visto el artículo 2.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CAIB, en que dispone que una de las funciones de la Junta es informar sobre las cuestiones que le soliciten las distintas Consejerías, Organismos autónomos y Entes Públicos, en materia de contratación administrativa.

Visto lo que dispone el artículo 12.1 del mencionado decreto, la facultad de solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CAIB corresponde a los Secretarios Generales Técnicos de las distintas Consejerías.

De acuerdo con lo expresado anteriormente, y dado que IBANAT es una empresa pública, y que las garantías se han de depositar, cualquiera que sea la clase y forma de constitución, ante el órgano de contratación se plantea la duda de si este mismo órgano es el facultado para la incautación de las garantías, o correspondería a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera de la Consejería de Hacienda y Presupuestos de la CAIB (de acuerdo con los modelos de aval y seguro de la JCCA).

De acuerdo con lo expresado anteriormente

SOLICITO.

Den traslado de la solicitud de informe que se adjunta, a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CAIB.

Palma, 11 de julio de 2001”

PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD

- 1) La solicitud que efectúa la empresa pública se ha encauzado a través de la Secretaria General Técnica de la Consejería a la que se encuentra adscrita, cumpliendo así la formalidad prevista en el art. 15, apartado 2 del Reglamento de Organización y funcionamiento de la Junta Consultiva (*aprobado por Acuerdo de 10 octubre 1997, BOCAIB nº 133 de 25-10-1997*).
- 2) Se acompaña un informe jurídico sobre la duda suscitada conforme prescribe el art. 16 del Reglamento citado, procediendo, pues, la emisión del informe interesado

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA. La cuestión que plantea el IBANAT se limita a la determinación de quién sea el órgano facultado para la incautación de las garantías cuando se trata de una empresa pública.

La duda le surge al interpelante a la vista de *“los modelos de aval y seguro de la JCCA”*, de donde deduce que podría corresponder esta facultad a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera de la Consejería de Hacienda y Presupuestos de la CAIB.

Los Modelos de aval y seguros de caución fueron aprobados por Acuerdo del Pleno de la Junta Consultiva de 13-06-2000, siguiendo los modelos preestablecidos en el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la LCAP, que en su disposición final primera, apartado 2, disponía que: *“Las Comunidades Autónomas podrán elaborar los modelos a que hacen referencia los anexos II, III, IV y V de este Reglamento, los cuales deberán recoger, al menos, la información y contenido de los mismos”*.

Se ha de advertir que la pregunta que hoy se contesta fue formulada por la empresa pública IBANAT en el mes de Julio de 2001 (aunque a la Junta Consultiva no le ha sido trasladada por la Secretaria General Técnica hasta julio de 2002) por lo que en la argumentación jurídica del presente informe se tendrá también en cuenta lo dispuesto en el Reglamento General de la LCAP, aprobado por R. Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y vigente desde el 26 de abril del 2002. Y en lo que a este aspecto se refiere, la disposición final

primera del nuevo Reglamento, también en su apartado 2, reitera con idéntica redacción lo que al efecto disponía el R. Decreto 390 en su disposición final antes transcrita.

Conforme a ello, los Modelos indicaban en su texto que *“el asegurador asume el compromiso de indemnizar al asegurado al primer requerimiento de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera de la Consejería de Hacienda y Presupuestos.....”*, y que *“la entidad avalista.....con compromiso de pago al primer requerimiento de la Dirección General.....”*. dicha redacción era coherente con las normas de la LCAP, y el R. D. 390, de desarrollo parcial de la misma, vigente a la sazón, que obligaban a depositar éstas garantías (aval y seguro de caución) cuando eran definitivas, en la *“Caja General de Depósitos o en las Cajas o establecimientos públicos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales...”* (artículos 36.1 apartados b) y c), en relación por remisión con el art. 35.1,a) de la LCAP, y 18.3 del R. Decreto 390/1996). Estas normas revestían el carácter de básicas y, conforme a la regulación autonómica vigente en aquel entonces, constituida por el Decreto 156/1989, de 14 de diciembre, regulador del procedimiento de constitución y devolución de fianzas ante la Tesorería de la CAIB (BOCAIB nº 9, de 20-01-1990), las garantías que fueren exigibles por los distintos órganos o entidades dependientes de la CAIB, habían de depositarse en la Tesorería General, cuyas funciones fueron asumidas, luego, por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera.

SEGUNDA. Posteriormente a la aprobación de los Modelos de aval y seguro de caución por la Administración Autonómica fue publicado el Decreto 147/2000, de 10 de noviembre (BOIB nº 141, de 18-11-2000) sobre contratación de la CAIB, que, en su artículo 5, apartado 5, dispone lo siguiente:

“Cuando se trate de empresas públicas, el depositario de las garantías, cualquiera que sea la clase y la forma de constitución, será el propio órgano de contratación”.

Por tanto, la no concordancia del texto del Modelo deviene de la variación normativa producida, por lo que se ha de adaptar el Modelo a esta nueva situación para el caso de las empresas públicas, lo que puede efectuarse mediante la confección de uno estandarizado por la Junta Consultiva, como el resto de modelos de documentos aprobados por la misma, o bien, mientras esto no ocurra, por la simple sustitución en el Modelo existente de la mención al órgano depositario.

La Disposición derogatoria del Decreto 147/2000, de contratación de la CAIB, en el apartado 2), primer subapartado, dijo que quedaban derogadas *“en aquello que se opongan a este Decreto las disposiciones siguientes: - El artículo 1 del*

Decreto 156/1989, de 14 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de constitución y devolución de fianzas ante la Tesorería General de la CAIB”.

Consecuentemente, se ha de entender que el “*establecimiento público equivalente de las comunidades autónomas*” a que se refieren la LCAP, (art. 35.1) el R. Decreto 390/1996, (art. 18.3 -hoy derogado-) y el Reglamento General de la LCAP, (art. 61.2 –hoy vigente-), en los supuestos de empresas públicas, no es otro que la propia empresa pública, por haberlo así dispuesto la correspondiente normativa autonómica dictada al amparo del art. 10.1 del Estatuto de Autonomía, que le otorga la competencia exclusiva en materia de “*organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno...*”.

El criterio interpretativo por el que la remisión que la LCAP hace a normativas o instituciones de otras Administraciones no limita la libertad que dichas Administraciones tienen en su capacidad autoorganizativa, ya fue sostenido en el informe 2/99, de 18 de febrero, de esta Junta Consultiva, que también hacía referencia a la empresa pública IBANAT, y, ahora, en el caso que nos ocupa, por, “*establecimiento público equivalente de la Comunidad Autónoma*” ha de entenderse la Dirección General del Tesoro y Política Financiera cuando se trate de órganos de contratación de las Consejerías o Entidades Autónomas, y, cuando se trate de empresas públicas, se ha de entender la propia empresa pública, al igual que, entonces, se entendió que la fiscalización previa era “*previa*” para las actuaciones de las Consejerías, y, para las empresas públicas, “*previa*” era sustituible por “*procedimientos de auditoría*”, conforme se razonó en dicho informe.

TERCERA. Ciertamente el IBANAT, en la formulación de su propuesta no se cuestiona, y da por sentado, que las garantías se han de depositar ante el propio órgano de la contratación, pero se ha considerado oportuno exponer las argumentaciones jurídicas precedentes porque de ellas se deduce la respuesta que se ha de dar al interrogante de la solicitud del informe, que no puede ser otra que la de afirmar que la incautación de la garantía corresponde al órgano que la tiene depositada, previa resolución del órgano a favor de quien está constituida, que, en el caso de las empresas públicas de esta Comunidad Autónoma, son coincidentes.

Así venía determinado en el art. 19 del RD 390/1996, cuya redacción, en idénticos términos, se ha mantenido en el actual Reglamento de la LCAP, en el art. 63, que dispone:

“Artículo 63. Ejecución de garantías.

La Caja General de Depósitos, o la caja o establecimiento público equivalente de la Comunidad Autónoma o Entidad local, ejecutará las garantías a instancia del órgano

de contratación de acuerdo con los procedimientos establecidos en su normativa reguladora”.

Por último conviene aclarar que al no haberse concretado en el Decreto de Contratación la forma y procedimiento para llevar a cabo la incautación cuando se trate de empresas públicas, ésta se realizará aplicando en lo que fuere posible y analógicamente el Decreto 156/1989, de 14 de diciembre, regulador del procedimiento de constitución y devolución de fianzas ante la Tesorería General de la CAIB, la Orden del Consejero de Economía y Hacienda de 25-01-1990, que lo desarrolla, en la medida en que no se opongan a la LCAP y su Reglamento, y, supletoriamente, el Real Decreto 161/1997, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos, conforme a su Disposición adicional cuarta, que dice:

“ Disposición adicional cuarta. Aplicación supletoria respecto a la normativa de contratos de las Administraciones públicas.

El Reglamento que aprueba el presente Real Decreto se aplicará a las garantías prestadas en el ámbito de la contratación de las Administraciones públicas en aquellos aspectos no regulados expresamente por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y sus normas de desarrollo”.

CONCLUSIÓN

La incautación de las garantías depositadas en las empresas públicas de la CAIB, cualquiera que sea su clase y forma de constitución, corresponde efectuarla a la propia empresa pública.