

## **INFORME 3/2006, DE 5 DE MAYO, SOBRE CONSTITUCIÓN DE GARANTÍA PROVISIONAL.**

### **ANTECEDENTES**

Por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Cultura y Deportes se solicita informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en los siguientes términos:

*Esta Secretaría General Técnica plantea consulta a esa Dirección General, sobre la interpretación del artículo 22 del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en relación con los artículos 35.1 a) del RDL 2/2000 de 16 de junio, Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el 62 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta los siguientes hechos:*

*Finalizado el plazo de recepción de ofertas correspondientes al expediente tramitado por procedimiento abierto y con forma de adjudicación el concurso, denominado: “Redacción del Proyecto básico, proyecto de ejecución, estudio de seguridad y dirección de obra de la Biblioteca de Ciudad Lineal, por arquitecto superior”, se constituye la Mesa de Contratación de esta Consejería para proceder a la calificación de la documentación administrativa.*

*La Mesa de Contratación comprueba que el licitador D. (...) había constituido la garantía provisional en metálico en la sucursal de la Caja General de Depósitos de la Delegación de Economía y Hacienda de Barcelona, con quién la Comunidad de Madrid no tiene suscrito convenio según informa la Tesorería de la Comunidad de Madrid, por lo que se le considera excluido de la licitación por incumplir el artículo 22 del Reglamento General de Contratación de la Comunidad de Madrid que establece: “... se depositarán ... en la Tesorería de la Comunidad de Madrid o en los establecimientos equivalentes de otras Administraciones Públicas en los términos previstos en los Convenios que a tal efecto se suscriban con las mismas”, y al incumplir la cláusula 15 del PCAP.*

*El citado licitador dirige un escrito al Presidente de la Mesa de Contratación de la Consejería de Cultura y Deportes (cuya copia se adjunta) en el que expone:*

*- Que preguntó en la Caja General de Depósitos si era válida dicha constitución a lo que le contestaron que sí.*

- *Que en caso de que no sea válida dicha constitución, el error no sería imputable, en ningún caso, a él.*

- *Que envía copias de impresión de pantalla de garantías constituidas en la Caja General de Depósitos, siendo los órganos de contratación las Consejerías de Sanidad y Consumo y de Inmigración.*

- *Que se reconsidere su exclusión de la licitación.*

*La Mesa de Contratación ante tal escrito enviado por el licitador, decide paralizar la tramitación del expediente, no adoptar ninguna decisión y remitir consulta, a través de la Secretaría General Técnica, a la Dirección General de Patrimonio en el siguiente sentido:*

*1.- Si la Mesa de Contratación debe no excluir a D. (...) de la licitación, por incumplir el artículo 22 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y la cláusula 15 del PCAP, en el sentido de haber constituido la garantía provisional en la Caja General de Depósitos con quien la Comunidad de Madrid no ha suscrito convenio al efecto, teniendo en cuenta, además, que el artículo 1 b) del R.D. 161/1997, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos, establece que en la Caja se pondrán presentar garantías que deban constituirse a favor de otras Administraciones Públicas, territoriales o no, siempre que así se prevea mediante convenio entre la Administración General del Estado y la Administración correspondiente.*

*2.- Cómo se debe interpretar el citado artículo 22 en relación con los artículos 35.1 a) y 61 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de su Reglamento, respectivamente.*

Al escrito se acompañan los siguientes documentos:

- Escrito del licitador excluido dirigido al Presidente de la Mesa de Contratación de la Consejería de Cultura y Deportes.

- Escrito del Delegado de la Delegación de Economía y Hacienda de Barcelona.

- Tres copias de garantías constituidas en la Caja General de Depósitos.

## CONSIDERACIONES

1.- La Junta Consultiva de Contratación Administrativa se encuentra facultada para informar sobre las distintas cuestiones que, en materia de contratación administrativa, se sometan a su consideración, conforme a lo dispuesto el artículo 38.2 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (RGCCPM), aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril.

Previamente al análisis del asunto que se somete a consulta es necesario precisar que esta Junta, en el ejercicio de sus funciones consultivas y de informe, no debe pronunciarse sobre expedientes de contratación concretos ni sustituir facultades que correspondan a órganos específicos, como sucede en este caso respecto de la Mesa de contratación, que es soberana en su actuación respecto de la calificación de las proposiciones.

En consecuencia el informe de esta Comisión Permanente, que no es preceptivo ni vinculante, se emite sin perjuicio de la decisión que corresponde adoptar al órgano de contratación, previo informe de la mesa de contratación, órgano competente en virtud de lo dispuesto en el artículo 87.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre.

2.- La constitución de las garantías provisionales se encuentra regulada en el artículo 35 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. En el apartado 1 a) del citado artículo se establece que habrán de ser constituidas: “En metálico o en valores públicos o privados, con sujeción, en cada caso, a las condiciones reglamentariamente establecidas. El metálico, los valores o los certificados correspondientes, se depositarán en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales o en las cajas o establecimientos públicos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales en la forma y con las condiciones que reglamentariamente se establezcan”.

El artículo 61.1 a) del RGLCAP igualmente determina que las garantías provisionales se constituirán “En la Caja General de Depósitos o en sus sucursales, encuadradas en las Delegaciones Provinciales de Hacienda, o en las cajas o establecimientos públicos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales, cuando se trate de garantías en metálico o valores”. El apartado 3 del mismo artículo establece que la acreditación de la constitución de las garantías provisionales en los establecimientos indicados en el apartado 1 a) se efectuará “mediante la entrega al órgano de contratación del resguardo expedido por aquéllos”.

La disposición final primera de la LCAP atribuye carácter de legislación básica al artículo 35. Asimismo el artículo 61 del RGLCAP tiene carácter básico, según establece su disposición final primera, por lo que ambas normas son de aplicación general a todas las Administraciones Públicas, en virtud del artículo 149.1.18 de la Constitución.

3.- En desarrollo de esta legislación básica, conforme a lo dispuesto en el artículo 27.2 de su Estatuto de Autonomía, aprobado por la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, la Comunidad de Madrid ha regulado el depósito de garantías en el artículo 22 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, estableciendo que las garantías que se exijan en los contratos se depositarán, si ello es preceptivo: “en la Tesorería de la Comunidad de Madrid o en los establecimientos equivalentes de otras Administraciones Públicas en los términos previstos en los convenios que a tal efecto se suscriban con las mismas.”

El artículo 22 del RGCCPCM, por jerarquía normativa, no puede ser contrario a lo dispuesto en el artículo 35.1 a) del la LCAP, norma de rango superior y de carácter básico, ni a lo dispuesto en el artículo 61.1 a) del RGLCAP, de igual carácter. El contenido del citado artículo 22 desarrolla la legislación básica estatal en lo relativo a sus propios establecimientos de depósito de garantías, y la posibilidad de utilizar los establecimientos de otras Administraciones públicas además de la estatal. El mencionado artículo ha de interpretarse, por tanto, en el sentido de que las garantías podrán constituirse en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales, conforme a lo dispuesto en la legislación básica estatal, en la Tesorería de la Comunidad de Madrid y, asimismo, en los establecimientos equivalentes de otras Administraciones Públicas con las que se suscriban convenios, entendiendo por tales Comunidades Autónomas y Entidades locales.

4.- El Reglamento de la Caja General de Depósitos, aprobado por Real Decreto 161/1997, de 7 de febrero, dispone en su artículo 1 b) que en la Caja se podrán presentar garantías que deban constituirse a favor de otras Administraciones Públicas, territoriales o no, siempre que así se prevea mediante convenio entre la Administración General del Estado y la Administración correspondiente.

Esta norma establece, por tanto, un requisito, el convenio, no previsto en la LCAP ni en el RGCCPCM, debiendo prevalecer en este caso la forma de depósito de garantías prevista en la LCAP y en el RGCCPCM, en virtud del principio de jerarquía normativa establecido en el artículo 9.3 de la Constitución española y artículos 51 y 52 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como parece haber considerado la Caja General de Depósitos al admitir la constitución de la garantía provisional, sin que exista convenio formalizado con la Comunidad de Madrid.

5.- Por lo expuesto, la constitución de garantía provisional por el licitador en la Caja General de Depósitos se puede considerar conforme con lo dispuesto en el artículo 35.1 a) de la LCAP, artículo 61.1 a) del RGLCAP y artículo 22 del RGCCPM.

6.- Por otra parte, lo que es indubitado, en el supuesto que se analiza, es que el licitador ha presentado el resguardo acreditativo de haber constituido la garantía provisional que se exigía para concurrir, como exige el artículo 79 de la LCAP, por tanto, parece claro que en virtud de lo dispuesto en los artículos 81 del RGLCAP y 19 del RGCCPM cabría subsanación. Así, cuando la Mesa de Contratación observe defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará a los interesados en la forma indicada en el artículo 19.2 del RGCCPM, concediéndoles un plazo no superior a cinco días naturales para que los corrijan o subsanen, o para que presenten aclaraciones o documentos complementarios, conforme a lo dispuesto en el citado artículo.

La concesión de plazo de subsanación es un trámite de obligado cumplimiento, no obstante, es decisión de la Mesa determinar qué defectos son subsanables o no, puesto que el Reglamento no lo determina expresamente. Cabe mencionar a este respecto el reiterado criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, manifestado en numerosos informes, sobre la existencia de defectos subsanables (Informe 56/1996 de 8 de octubre, 37/1997 de 10 de noviembre, 44/1997 de 10 de noviembre, 30 de junio de 1999, 11 de abril y 30 de octubre de 2000, 25/02, de 17 de diciembre, 35/02, de 17 de diciembre, 48/02 de 28 de febrero de 2003, 27/04, de 7 de junio y 36/04, de 7 de junio), que, sin poder establecer una lista exhaustiva de los mismos, ha de considerarse que revisten tal carácter los que se refieren a la acreditación del requisito de que se trate pero no a su cumplimiento.

Asimismo, se ha de mencionar la tendencia jurisprudencial a favorecer la posibilidad de subsanación de defectos de las ofertas, con el fin de no limitar inútilmente la concurrencia de licitadores. La calificación de la documentación mira a excluir las proposiciones de los empresarios que no cumplan con los requisitos esenciales e indispensables previstos en el artículo 79 de la LCAP y los incluidos en su caso en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, exclusión que, en todo caso, debe responder a criterios objetivos y no a un rigorismo formalista. Entre las sentencias del Tribunal Supremo cabe citar la de 29 de abril de 1981, que declara que el rechazo de proposiciones por defecto en el modo de acreditar la constitución de la fianza provisional “ha supuesto lesión para los intereses económicos de la Administración, intereses a cuya satisfacción tiende el principio de libertad de concurrencia en la contratación administrativa, enderezado a conseguir la máxima competencia posible y a garantizar la igualdad de acceso a la contratación pública “.

En este mismo sentido esta Comisión Permanente ha expuesto su criterio sobre defectos subsanables en su Recomendación 2/2002, de 5 de junio, sobre el funcionamiento de las Mesas de Contratación previsto en el RGLCAP.

7.- Por todo lo anterior, si la Mesa de Contratación estimase que la constitución de la garantía provisional por el licitador no era correcta, por no considerarla ajustada a lo dispuesto por el artículo 22 del RGPCM, podría conceder al licitador un plazo para subsanar, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 19.2 del RGPCM. Considerando además los criterios interpretativos de carácter general recogidos en el Código Civil, que en su artículo 3.2 pondera la equidad en la aplicación de las normas, precisando su artículo 1.288 que “la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”, abundando además en este caso que el licitador ha actuado de buena fe, por lo que no debería verse perjudicado por actuaciones divergentes de la Administración.

### **CONCLUSIONES**

1.- La constitución de la garantía provisional en la Caja General de Depósitos es conforme con lo dispuesto en el artículo 35.1 a) de la LCAP, artículo 61.1 a) del RGLCAP y artículo 22 del RGPCM.

2.- Si la Mesa de Contratación observa defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará a los interesados en la forma indicada en el artículo 19.2 del RGPCM, concediéndoles un plazo no superior a cinco días naturales para que los corrijan o subsanen, o para que presenten aclaraciones o documentos complementarios, conforme a lo dispuesto en el citado artículo.