Informe 5/91, de 20 de marzo de 1991. "Interpretación de los artículos 4 g) y 10 del Decreto 1005/1974, de 4 de abril".

Clasificación de los informes: 10.2. Garantías definitivas.

ANTECEDENTES:

Con fecha 14 de febrero de 1991, tiene entrada en la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito firmado por el Director General de la Función Pública por delegación del Consejero de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Madrid, en el que solicita informe sobre la obligatoriedad de exigir fianza definitiva en el pliego de cláusulas administrativas particulares de los contratos con empresas consultoras y de servicios, cuando su objeto consiste en impartir cursos de formación al personal de la Comunidad y sobre la forma más conveniente de instrumentar dicha fianza, en su caso.

CONSIDERACIONES:

1. Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo suscitada, entiende esta Junta Consultiva que conviene realizar alguna precisión sobre la legitimación para solicitar informes a la misma, dado el reciente cambio normativo producido al efecto.

Durante la vigencia del Decreto 315/1971, de 18 de febrero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, modificado por el Real Decreto 2651/1982, de 24 de septiembre, fue reiteradamente mantenido por la propia Junta, con base al artículo 17, que únicamente podría solicitarse informe a la Junta por las personas y organismos mencionados expresamente en el mismo, sin que, en tal enumeración, figurasen las Comunidades Autónomas y Entidades Locales.

La promulgación del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que sustituye al anterior, ha alterado sustancialmente la situación al disponer su artículo 17, después de enumerar las personas que pueden solicitar informe a la Junta,que igualmente podrán solicitar dichos informes "los titulares de las Consejerías de las Comunidades Autónomas y los Presidentes de las Entidades locales", lo que se justifica en el preámbulo del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, en que "ello es una consecuencia del principio de colaboración entre las Administraciones Públicas, que puede hacerse especialmente conveniente en razón a las especificidades técnicas de la normativa básica del Estado en materia de contratos administrativos".

En consecuencia, a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, no cabe cuestionarse la posibilidad de que las Comunidades Autónomas y Entidades Locales soliciten informe de esta Junta por conducto de los titulares de Consejerías y Presidentes, respectivamente.

2. En cuanto a la cuestión de fondo suscitada, la misma se centra en determinar si en los contratos con empresas consultoras y de servicios, que tengan por objeto impartir cursos de formación al personal de la Comunidad Autónoma de Madrid, resulta obligatoria la exigencia de garantía definitiva en el pliego de cláusulas administrativas particulares y, en su caso, sobre la forma mas conveniente de instrumentar dicha garantía.

Sobre la obligatoriedad o no de exigir garantía definitiva en estos contratos hay que tener en cuenta, como es lógico, las normas reguladoras de los mismos, constituidas por el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, el pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de estudios y servicios técnicos competencia del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, aprobado

por Orden de 8 de marzo de 1972, que el propio Decreto 1005/1974, de 4 de abril, declara aplicable, con carácter general, en su disposición transitoria primera y, supletoriamente, según el artículo 1 del mismo Decreto, las disposiciones que la legislación de contratos del Estado dedica a los contratos de naturaleza administrativa, en especial, las referentes al contrato de obras.

El artículo 4 del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, determina los extremos que deben figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares que debe elaborarse para la celebración del contrato, entre las cuales figura, en el apartado g), "la garantía provisional, en el supuesto de que el órgano de contratación estime conveniente su exigencia y la definitiva que deba prestar la empresa, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 del presente Decreto". A su vez este último artículo determina que "la empresa que resulte adjudicataria deberá prestar la garantía definitiva que el pliego de cláusulas administrativas particulares exija".

La única interpretación posible, en este extremo, de los preceptos transcritos es la que conduce a la conclusión de la diferencia existente, en cuanto a su obligatoriedad, entre garantía provisional y garantía definitiva, pues mientras la primera se considera facultativa -cuando el órgano de contratación estime conveniente su exigencia- la segunda resulta obligatoria, ya que debe figurar en el pliego, en todo caso, y debe ser prestada por la empresa adjudicataria, conclusión a la que se llega precisamente por haber omitido el artículo 4, apartado g), del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, toda referencia a que su exigencia se estime conveniente por el órgano de contratación, en contraposición a lo indicado respecto a la garantía provisional.

Confirma esta interpretación la cláusula 64 del pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de estudios y servicios técnicos competencia del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, aprobado por Orden de 8 de marzo de 1972, aplicable con carácter general a estos contratos, en cuanto establece taxativamente que "los adjudicatarios de los contratos de estudios o servicios estarán obligados a constituir una fianza definitiva por el importe que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares y que no podrá ser inferior al 4 por 100 ni superior al 10 por 100 del presupuesto total de adjudicación", dejando exclusivamente, por tanto, a la determinación del pliego el importe de la garantía entre los límites máximo y mínimo que señala, pero no la obligatoriedad de su constitución.

En el mismo sentido debe hacerse referencia al artículo 113 de la Ley de Contratos del Estado que de forma expresiva en cuanto a su obligatoriedad, indica que "los adjudicatarios de los contratos de obras del Estado están obligados a constituir una fianza definitiva" y al artículo 353 del Reglamento General de Contratación del Estado que declara exceptuadas de fianza definitiva a "las Entidades que tengan concedido este privilegio por Ley".

Además de la excepción resultante del artículo 353 del Reglamento -la establecida por Ley- hay que admitir otra derivada del reconocimiento de la categoría de contratos de asistencia menores que lleva a cabo el Real Decreto 52/1991, de 25 de enero, dando nueva redacción al artículo 13 del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, a cuyo tenor "tendrán la consideración de contratos menores aquellos cuyo importe total no exceda de 500.000 pesetas, pudiendo sustituirse en estos casos el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares por una propuesta de actuación razonada", con lo que, al desaparecer la exigencia del pliego, desaparece igualmente la exigencia de garantía, que necesariamente ha de figurar en el primero.

Como conclusión de este apartado puede afirmarse que, en los contratos con empresas consultoras y de servicios, regulados por el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, resulta obligatoria la constitución de garantía definitiva por el adjudicatario, debiendo incluirse en el pliego esta obligación, sin mas excepciones que la reconocida a determinadas Entidades por Ley y la que debe admitirse en los contratos menores configurados en el artículo 13 del citado Decreto 1005/1974, de 4 de abril, en la redacción dada al mismo por el Real Decreto 52/1991, de 25 de enero, y ello a

diferencia de la garantía provisional que sólo debe figurar en el pliego, cuando el órgano de contratación estime conveniente su exigencia.

3. En el escrito de consulta se suscita igualmente la cuestión de cual sea la forma mas conveniente de instrumentar la garantía definitiva en estos contratos, en relación con la cual la Junta Consultiva debe limitarse a indicar las posibilidades existentes, correspondiendo al órgano de contratación el decidir, atendiendo a las circunstancias concurrentes, cual de estas posibilidades resulta la mas adecuada a los intereses públicos en cada caso concreto.

En este sentido baste indicar que la garantía definitiva en los contratos con empresas consultoras y de servicios regulados en el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, puede constituirse en metálico o títulos de la Deuda Pública o instrumentarse mediante aval o retención de parte del precio, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10 del mismo, cláusula 65 del pliego de cláusulas administrativas generales de 8 de marzo de 1972 y artículo 113 de la Ley de Contratos del Estado.