

Informe 5/2012, de 7 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Posibilidad de que un Ayuntamiento garantice mediante aval bancario los pagos derivados de un contrato que vaya a licitar.

I. ANTECEDENTES

La Sra. Alcaldesa de Monzón se dirige, con fecha 22 de diciembre de 2011, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«El Ayuntamiento de Monzón, en el ámbito de sus competencias, tiene la intención de sacar a licitación pública, la Contratación del Suministro Eléctrico, dependiente del Ayuntamiento.

Para ello, está recabando información de diferentes empresas, previamente a iniciar el expediente y en consecuencia a elaborar los Pliegos de cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas.

En las reuniones mantenidas, se nos ha puesto de manifiesto, la posibilidad de que el Ayuntamiento, en el marco del citado expediente de contratación, pudiera emitir garantía, concretamente mediante un Aval Bancario, para garantizar el pago por parte del Ayuntamiento a la empresa contratista, del suministro una vez contratado, en los plazos que legalmente se establezcan en los Pliegos de Cláusulas del expediente.

Dicha solicitud, viene motivada ante la inquietud de ciertas empresas, que no tienen la fuerza de las grandes Compañías Eléctricas, para poder hacer frente a retrasos en el pago por parte de la Administración, que les pudiera llevar a una situación económica insostenible.

La garantía que, en su caso, se debería poner por el Ayuntamiento en forma de aval, en un contrato de suministro, cuya duración se pretende de un año, correspondiente al importe del suministro eléctrico de tres meses, que, estimativamente, en este supuesto ascendería a 100.000 €.

Ante la novedad de esta figura, ya que el Ayuntamiento sería avalado por una entidad financiera, para garantizar el pago del suministro durante tres meses y no crear unos perjuicios económicos irreparables a la empresa eléctrica suministradora, en base al artículo 2.2. del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación

Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y se aprueba el Reglamento que regula la Organización y Funcionamiento de la misma,

Esta Alcaldía, en uso de las facultades legalmente conferidas, y como representante de la Corporación,

SOLICITA

Consulta sobre la posibilidad de que el Ayuntamiento, mediante aval bancario pueda garantizar, el pago en un contrato de Suministro Eléctrico, a suscribir entre una empresa del sector y el Ayuntamiento, previa tramitación del correspondiente expediente de contratación de suministro eléctrico».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el de 7 de marzo de 2012, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

La consulta concreta se refiere a la posibilidad de que el Ayuntamiento, a través de un aval bancario, garantice el pago de un contrato suministro eléctrico para el municipio, a suscribir entre éste y una empresa comercializadora del sector, con el fin de que el adjudicatario tenga garantía de cobro del precio del mismo.

A la vista de la cuestión planteada es necesario indicar, como criterio de carácter general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde

informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del sector público.

No existe sin embargo, impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que plantea la Alcaldesa de Monzón, para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca de la posibilidad de que un Ayuntamiento garantice mediante aval bancario los pagos derivados de un contrato que vaya a licitar, ya que ésta sí que es una cuestión de carácter general sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en materia contratación pública, que encuentra perfecto acomodo en el artículo 3.2 del Reglamento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

La Sra. Alcaldesa de Monzón, es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 g) del mencionado Decreto 81/2006.

II. La libertad de pactos en la contratación pública. Procedencia de avalar los pagos derivados de los contratos de las Administraciones Públicas.

El artículo 25.1 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP), establece como uno de sus principios rectores la libertad de pactos, con siguiente tenor literal:

«En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración».

En términos muy similares se pronuncia el artículo 111 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril:

«Las Entidades locales podrán concertar los contratos, pactos o condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, y deberán cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio

de las prerrogativas establecidas, en su caso, en favor de dichas Entidades».

De ambos preceptos se desprende la libertad de que gozan los poderes adjudicadores en general, y las Entidades Locales en particular, para fijar en los pliegos las cláusulas que tengan por convenientes, si bien, tal libertad encuentra su límite, como no podía ser de otro modo, en el respeto al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

Así, lo ha entendido entre otras la Sentencia del TS de 30 de mayo de 1998, que ha señalado que:

«Según LCE de 8 de abril de 1965, la Administración puede convenir los pactos o condiciones que tenga por conveniente en sus contratos, que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, que conforme a los artículos. 15 y 17 de la propia Ley, pueden ser materializados en los pliegos de cláusulas administrativas generales, así como en los pliegos de prescripciones particulares de cada específico contrato, representando tales determinaciones un reflejo del art. 1255 CC.

Tales determinaciones convenidas de modo específico por los contratantes son la Ley del Contrato y han de ser consideradas de aplicación preferente a la normativa legal contractual genéricamente establecida, que adquiere por ello la condición de supletoria siempre, naturalmente, que el orden o moral públicos o los intereses generales prevalentes no impongan su necesaria aplicación. De aquí que los pliegos de condiciones generales y particulares del contrato constituyen de modo esencial el régimen obligacional del contrato con prevalencia sobre las normas legales generales de la contratación administrativa».

Partiendo de la vigencia de estos preceptos, procede analizar si el hipotético contenido de una cláusula de los pliegos, por la cual una Administración Pública se comprometiera a garantizar el pago al adjudicatario mediante un aval bancario, es contraria al interés general, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración; o si, por el contrario, se incardina dentro del ámbito del principio de libertad de pactos.

Para ello puede partirse del análisis de la documentación que debe comprender el expediente de contratación. En concreto, el apartado 3 del artículo 109 TRLCSP prevé que se deberá incorporar el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato, junto con el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le

sustituya, y la fiscalización previa de la intervención, en su caso, en los términos previstos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. En definitiva, podemos sistematizar estos documentos en una parte técnica, cuyo contenido principal serían las prescripciones técnicas, una parte jurídica, que estaría constituida por el pliego de cláusulas administrativas particulares y una parte financiera, integrada por el certificado de existencia de crédito presupuestario y la fiscalización previa.

La finalidad de la parte financiera del expediente de contratación, obedece a la necesidad de garantizar a los contratistas que las prestaciones objeto del contrato gozarán de financiación presupuestaria adecuada y suficiente, y por tanto, no tendrán problemas a la hora de cobrar el precio del mismo.

Asimismo, cuando el legislador establece el contenido mínimo del contrato en el artículo 26.1.k) TRLCSP, señala la obligación de que figure la mención al crédito presupuestario o el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio, en su caso.

Por otra parte, en los municipios de población inferior a 5.000 habitantes la aprobación del gasto será sustituida por una certificación de existencia de crédito que se expedirá por el Secretario Interventor o, en su caso por el Interventor de la Corporación (apartado 6 de la disposición adicional segunda TRLCSP). Por tanto corresponde al Interventor la expedición de certificaciones de existencia de crédito, para lo cual se realizará en el Presupuesto la correspondiente retención de crédito, que es el acto mediante el cual se expide, respecto de una partida presupuestaria, certificación de existencia de saldo suficiente para la autorización de un gasto, por una cuantía determinada, produciéndose por el mismo importe una reserva para dicho gasto.

Es decir, tanto la normativa contractual, como la presupuestaria, establecen una serie de salvaguardas con el fin de que quede suficientemente acreditada la suficiencia y adecuación de los recursos presupuestarios que financian el contrato, ya que de otro modo estaríamos en un supuesto de nulidad de pleno

derecho ex artículo 32.c) TRLCSP, con exigencia de las responsabilidades a que hubiera lugar.

Sentado lo anterior, esta Junta consultiva es consciente de que el trasfondo de la pregunta que formula el Ayuntamiento de Monzón, radica en el cada vez más acuciante problema de morosidad existente en las Administraciones Públicas, que hace desconfiar a los contratistas de la financiación de los contratos que licitan.

Para paliar en alguna medida este problema, la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, modificó el artículo 200.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP, (actual 216.4 TRLCSP), y fijó un plazo máximo de pago de treinta días a computar desde la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios, con la transitoriedad que establece la Disposición transitoria sexta TRLCSP (actualmente, 40 días). Además estableció que su incumplimiento conlleva la obligación de pago de intereses de demora de oficio, así como la indemnización por los costes de cobro debidamente acreditados por el acreedor. La finalidad de esta norma era la de implantar una serie de medidas que, en el comercio entre empresas, o entre éstas y la Administración, impidieran y disuadieran a los deudores de buscar la obtención de liquidez de forma injustificada a costa de sus eventuales acreedores, mediante la dilatación del periodo de pago de sus deudas.

El tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate, más siete puntos porcentuales (artículo 7.2 Ley 3/2004). Así, semestralmente, el Ministerio de Economía y Hacienda publica en el Boletín Oficial del Estado, el tipo de interés resultante por la aplicación de la norma citada, actualmente el 8 por ciento (Resolución de 27 de diciembre de 2011, de la Dirección General del Tesoro y Política

Financiera, por la que se publica el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el primer semestre natural del año 2012).

En la reforma de la Ley de Contratos operada por la mencionada Ley 15/2010 se introdujo además un nuevo precepto, el 200 bis LCSP (hoy artículo 217 TRLCSP), destinado a incorporar un procedimiento especial para hacer efectivas las deudas de las Administraciones Públicas, según el cual, una vez transcurrido el plazo al que se refiere el artículo 200.4 LCSP, los contratistas podrán reclamar por escrito a la Administración contratante el cumplimiento de la obligación de pago y, en su caso de los intereses de demora. Si transcurrido el plazo de un mes, la Administración no hubiera contestado, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago y los interesados podrán formular recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda.

Por otra parte, el artículo 218 TRLCSP prevé la posibilidad de que los contratistas transmitan los derechos de cobro frente a la Administración, con el único requisito imprescindible de la notificación fehaciente a la misma del acuerdo de cesión, entendida como prueba de la situación de apariencia que le va a llevar a la Administración a pagar al cesionario, lo que favorece la circulación del derecho gracias a la seguridad que proporciona al adquirente la adquisición del documento con la toma de razón.

Así pues, no parece adecuado, ni conforme con los principios de buena administración, que la solución a los problemas de financiación de los contratistas de la Administración sea la formalización de un aval bancario con una entidad financiera, que se obligaría solidariamente al pago de la deuda contraída por la Administración con aquél, asumiendo por ello el riesgo de impago en el supuesto de que ésta no pudiera hacer frente al pago de las facturas correspondientes en el plazo marcado en el artículo 216.4 TRLCSP, ya que ello supondría que si en el momento del vencimiento la Administración no lo hiciera efectivo, debería realizarlo la entidad financiera avalista, repercutiendo el mismo contra la Administración, que en ese caso debería

satisfacer la deuda al avalista, y no al contratista adjudicatario del contrato originario. Amén de los costes financieros que tal operación supondría para la Administración.

En definitiva, tanto la normativa contractual como la presupuestaria, prevén las salvaguardas necesarias para que, antes de la licitación, se disponga de la adecuada financiación presupuestaria, y los mecanismos necesarios para que los contratistas puedan resarcirse de la demora en el cobro del precio, de tal manera que ésta no les suponga un perjuicio, así como fórmulas de financiación por la vía de la transmisión de los derechos de cobro con una entidad financiera, que permita disponer de la liquidez suficiente para continuar con la ejecución del contrato.

Cuestión distinta es la errónea presupuestación de las Administraciones, que ocasiona que la existencia de crédito presupuestario no lleve aparejada la liquidez suficiente para su pago efectivo, lo que en la práctica acarrea retrasos en el pago de sus facturas, si bien la solución a este problema excede de las funciones consultivas de esta Junta en materia de contratación pública.

III. CONCLUSIONES

- I. Tanto la normativa contractual como la presupuestaria, prevén las salvaguardas necesarias para que antes de la licitación se disponga de la adecuada financiación presupuestaria, y los mecanismos para que los contratistas puedan resarcirse de la demora en el cobro del precio de un contrato, de tal manera que ésta no les suponga un perjuicio, así como fórmulas de financiación por la vía de la transmisión de los derechos de cobro con una entidad financiera, que permita disponer de la liquidez suficiente para continuar con la ejecución del contrato.

- II. No es conforme con los principios de buena administración, que una Administración Pública contrate un aval con una entidad financiera que garantice los pagos de un contrato que vaya a licitar.

Informe 5/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 7 de marzo de 2012.