

Informe 31/93, de 16 de febrero de 1994. "Recursos de reposición relacionados con actuaciones referidas en el informe 2/92, de 15 de abril de 1993, sobre recursos de reposición contra resoluciones de la Dirección General de Servicios del Ministerio de Justicia, por las que se decretan las pérdidas de fianzas provisionales".

Clasificación de los informes: 10.1. Garantías provisionales.

ANTECEDENTES

1 - Esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe de 15 de abril de 1993 emitido a petición de la Dirección General de Servicios del Ministerio de Justicia, por los razonamientos que se consignaban en el mismo, sentaba como conclusión la de que "procede decretar la pérdida de las fianzas provisionales constituidas por "Custodia, S.A.", Lafer, S.A." y "Asepro, S.A.", las dos primeras por importe de 4.273.360 pesetas cada una y la última por importe de 1.800.000 pesetas, constituidas para concurrir a la licitación de los concursos convocados para la ejecución de los servicios de vigilancia y seguridad en diversos Organos judiciales de Madrid y Servicios Centrales del Ministerio", basándose dicho acuerdo, conforme a lo razonado, en la retirada injustificada de las ofertas económicas de las referidas empresas.

2 - El Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio de Justicia, a petición de la Subdirección General de Gestión Económica y Financiera de la Dirección General de Servicios, emite en 24 de junio de 1993 dos informes idénticos -uno en relación con las empresas "Custodia, S.A." y "Lafer, S.A." y otro en relación con la empresa "Asepro, S.A."-, en los que manifiesta su discrepancia con la fundamentación jurídica que esta Junta fijaba como base de la responsabilidad de los licitadores, aduciendo que no existe previsión legal que permita la incautación de la fianza provisional en estos casos, considerando, por el contrario que la base de dicha responsabilidad debe situarse en la figura de la "culpa in contrahendo", citando en apoyo de su tesis la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1968, por lo que llega a la conclusión de que, respecto a cada una de las empresas afectadas -"Custodia, S.A.", "Lafer, S.A." y "Asepro, S.A."- "procede que por el órgano de contratación se declare la responsabilidad de la empresa determinando la indemnización que ésta ha de satisfacer a la Administración del Estado por defraudar expectativas legítimas y en virtud de la llamada "culpa in contrahendo", la cual se hará efectiva mediante la incautación de la fianza provisional o de la parte de ésta que corresponda".

3 - Concedida audiencia a las empresas afectadas, evacuan este trámite mediante escrito en los que formulan alegaciones que esencialmente son idénticas a las que constituyen los recursos de reposición que posteriormente serán analizados. La Dirección General de Servicios, por delegación del Ministro de Justicia, dicta tres acuerdos fechados el 1 de septiembre de 1993, uno en relación con cada empresa, decretando la pérdida de la fianza provisional por importe de 4.273.360 pesetas constituida por cada una de las empresas "Custodia, S.A." y "Lafer, S.A." para participar en el concurso público abierto para la ejecución del servicio de vigilancia y seguridad en diversos Organos Judiciales de Madrid y la pérdida de la fianza provisional por importe de 1.800.000 pesetas constituida por "Asepro, S.A." para participar en el concurso público abierto para la ejecución del servicio de vigilancia de los distintos edificios del Ministerio de Justicia en Madrid, incorporando, como fundamentación jurídica de cada uno de los acuerdos, los argumentos del informe de esta Junta de 15 de abril de 1993 y cifrando los perjuicios económicos sufridos en cada caso en la diferencia entre el importe de la adjudicación o de la oferta de los restantes licitadores y el de la oferta que se considera retirada, diferencia que resulta siempre superior al importe de la fianza provisional, cuya pérdida se acuerda.

4 - Las empresas "Custodia, S.A.", "Lafer, S.A." y "Asepro, S.A." interponen cada una, contra los anteriores acuerdos, recurso de reposición en los que solicitan se dejen sin efecto los acuerdos

declarando la pérdida de las fianzas provisionales basándose, en esencia, en la inexistencia de retirada de sus ofertas, de prevención legal que autorice la pérdida de la fianza provisional fuera de los casos de falta de formalización imputable al adjudicatario y de perjuicios ocasionados a la Administración, englobando sus alegaciones en la que consideran esencial, de falta de fundamentación jurídica de los acuerdos recurridos.

5 - Remitidos los escritos en los que se formulan los referidos recursos al Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio de Justicia, por este último se emiten, en fecha 10 de diciembre de 1993, tres informes idénticos en los que, después de afirmar que siempre se ha discrepado del criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en cuanto a la fundamentación de la incautación de la fianza provisional que estima debe basarse en la "culpa in contrahendo", considera, por tanto, que los recurrentes tienen razón respecto a la falta de una base jurídica suficiente en la resolución impugnada, no en cuanto a sus consecuencias, por lo que concluye que, dado que el órgano de contratación optó por el informe de esta Junta, no por el del Servicio Jurídico, debe solicitársele de nuevo informe sobre los recursos interpuestos, lo que se acuerda por la Subsecretaría del Ministerio de Justicia, mediante oficio que, junto con los respectivos expedientes, tiene entrada en la Secretaría de esta Junta el 27 de diciembre de 1993.

CONSIDERACIONES

1ª) Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo planteadas en el presente expediente procede realizar algunas consideraciones, aunque parezcan obvias, sobre el carácter de los informes jurídicos que se han producido sobre las cuestiones suscitadas -constituidos por los del Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio de Justicia de 23 de diciembre de 1992, 24 de junio de 1993 y 22 de noviembre de 1993 y el emitido por esta Junta Consultiva con fecha 15 de abril de 1993, sin que a ninguno de ellos pueda atribuirse carácter vinculante, pues así resulta del artículo 85.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 y del artículo 83.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por lo que debe concluirse que estos informes -como todos los no vinculantes- tienen la única finalidad de ilustrar al órgano consultante acerca de la resolución a adoptar. Con ello se quiere resaltar que, tanto el informe de esta Junta de 15 de abril de 1993, como el que ahora se emite, no pretenden entrar en polémica en relación con otros criterios que, más o menos fundadamente, pueden ser sostenidos, sino que trata de procurar el mayor acierto y corrección jurídica en la decisión del órgano consultante, que, como hemos indicado, queda en plena libertad para ajustarse en su decisión a los criterios y fundamentos jurídicos de esta Junta, a los expuestos por el Servicio Jurídico el Estado en el Ministerio, a ambos a la vez o a ninguno de ellos.

Por ello, teniendo en cuenta que en los informes del Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio se manifiesta abierta discrepancia con la fundamentación jurídica del informe de 15 de abril de 1993 de esta Junta, pero que, en cuanto a las conclusiones sentadas, la discrepancia parece desaparecer, pudiera ser conveniente que en los acuerdos resolutorios de los recursos de reposición se incorporen todos los argumentos jurídicos -alternativamente o "a mayor abundamiento" y por el orden que se considera preferente- para, después de fijado el importe de los daños y perjuicios ocasionados en cuantía superior al importe de la fianza provisional, lo que ya se hace en los acuerdos de la Dirección General de Servicios de 1 de septiembre de 1993, se confirmen tales acuerdos, desestimando, en consecuencia, los recursos de reposición interpuestos.

2ª) Las anteriores consideraciones bastarían, en principio, para dar por concluido este informe con remisión, en sus propios términos, al anterior informe de esta Junta de 15 de abril de 1993 en el que ya se abordaron las cuestiones que, ahora por vía de recurso, vuelven a plantearse. No

obstante, con la finalidad antes señalada de ilustrar la decisión que debe adoptar el órgano encargado de resolver los recursos de reposición interpuestos, esta Junta considera conveniente realizar algunas precisiones en relación con las alegaciones en que las empresas recurrentes fundamentan su recurso.

3ª) En primer lugar, en el recurso de "Custodia, S.A." se afirma que dicha empresa "no retiró su oferta, sino que solicitó la posibilidad de hacerlo" y en el recurso de "Lafer, S.A.", llegando más lejos, se afirma que conforme al artículo 100 del Reglamento General de Contratación del Estado la solicitud de retirada de la proposición económica "no debía haber sido admitida por la Administración".

Las alegaciones, en este punto, de las empresas recurrentes no pasan de constituir argumentos basados en juegos de palabras, pues lo decisivo, como ya informaba esta Junta es que "el órgano de contratación, siguiendo los criterios del informe del Servicio Jurídico del Departamento, ha considerado retiradas estas ofertas, en congruencia, además, con lo expresamente solicitado por las tres empresas" a lo que ahora hay que añadir que con la expresión "retirada de las ofertas" no se está aludiendo a una retirada material del papel que contiene la oferta, sino a la retirada que se produce con la modificación de la cifra de la oferta económica que al ser elevada, por error o por otra circunstancia, produce el efecto jurídico de desaparición de la primitiva cifra a efectos de adjudicación del contrato, lo que en definitiva, en términos jurídicos, es la retirada consistente en la manifestación de voluntad de que la cifra ofrecida no es la que realmente debió figurar en la proposición económica.

4ª) En segundo lugar -y ésta se convierte en la alegación básica de los recursos interpuestos- se aduce que la incautación o pérdida de la fianza provisional sólo procede en los supuestos de falta de formalización del contrato por causa imputable al adjudicatario citándose en apoyo de tal tesis la cita literal de los artículos 39 y 112 de la Ley de Contratos del Estado y las propias palabras utilizadas por esta Junta en su informe de 15 de abril de 1993 en el sentido de que, en relación con la pérdida de la fianza provisional "de manera clara y expresa no se establece este efecto en la vigente legislación de contratos del Estado".

Frente a tal alegación hay que afirmar que la cuestión básica que se suscita -devolución o incautación de la fianza provisional- es una cuestión de interpretación de normas jurídicas que, como tal, tiene que ser resuelta con diversos elementos interpretativos, entre los cuales, el literal -el sentido propio de las palabras según expresión del artículo 3.1 del Código Civil- no es el único, ni siquiera el fundamental, pues dicho artículo atribuye tal carácter al elemento teleológico, es decir, al espíritu y finalidad de las normas y es este sentido el que debe ser atribuido a las palabras de esta Junta de que "de manera clara y expresa" no se establece la pérdida de la fianza provisional en la vigente legislación de contratos del Estado para los supuestos de retirada de ofertas, puesto que, al no establecerse de manera literal y expresa tal efecto, tiene que ser establecido como resultado de la interpretación finalista y sistemática de los preceptos de dicha legislación.

La idea básica de la que hay que partir es la de la finalidad que persigue la constitución de fianzas provisionales en la contratación administrativa que no es otra que la de garantizar la seriedad de las ofertas económica, tal como con toda claridad, con independencia de argumentos teóricos que puedan aducirse, lo establece terminantemente la base XVII de la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de contratos del Estado, a la cual necesariamente hubo de ajustar su regulación la Ley de Contratos del Estado y del Reglamento General de Contratación del Estado y en la que literalmente se establecía que "serán reguladas las fianzas y garantías que aseguren la seriedad de las ofertas y el cumplimiento de los contratos de obras", distinción entre la finalidad de la fianza provisional -asegurar la seriedad de las ofertas- y la de la fianza definitiva -asegurar el cumplimiento de los contratos- que no puede ser cuestionada siendo confirmada la finalidad de la

fianza provisional en el artículo 347 del Reglamento General de Contratación del Estado que permite la incautación de la misma por falta de constitución de la fianza definitiva y en la Orden de 10 de mayo de 1968, por la que se aprueba el modelo de aval a efectos de afianzamiento en los contratos del Estado, en el que se señala como finalidad de la fianza provisional el responder de las obligaciones derivadas de la licitación, con lo que queda descartada la tesis de que la fianza provisional sólo responde de la falta de formalización por causa imputable al contratista.

Por ello cabe concluir que siempre que quede frustrada la finalidad de la fianza provisional por causa imputable al contratista -y no sólo por la falta de formalización- procede decretar la pérdida o incautación de la fianza provisional, bastando que, en lo demás, esta Junta reitere los argumentos expuestos en su anterior informe de 15 de abril de 1993 en orden a la cuestión suscitada.

5ª) Por último, en cuanto a la cuestión suscitada en los recursos de reposición de la inexistencia de perjuicios ocasionados por las empresas afectadas, entiende esta Junta que es perfectamente asumible la valuación de dichos perjuicios que se contiene en los acuerdos de 1 de septiembre de 1993 de la Dirección General de Servicios del Ministerio de Justicia por los que se decreta la pérdida de la fianza provisional constituida por las empresas "Custodia, S.A.", "Lafer, S.A." y "Asepro, S.A.".

CONCLUSION

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que procede desestimar los recursos de reposición interpuestos por "Custodia, S.A.", "Lafer, S.A." y "Asepro, S.A." contra los acuerdos de 1 de septiembre de 1993 de la Dirección General de Servicios del Ministerio de Justicia por la fundamentación consignada en este informe y en aquellos a los que se hace referencia en el mismo.