Informe 69/99, de 11 de abril de 2000. "Constitución de garantías provisionales en los supuestos de uniones temporales de empresarios".

ANTECEDENTES.

Por D. José Luis Alonso Alonso en su calidad de Presidente de la Confederación Nacional de la Construcción se dirige el siguiente escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa:

"Que por medio del presente escrito y al amparo de lo dispuesto en el artículo del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, formula la siguiente consulta en relación con la constitución de garantías en supuestos de uniones temporales de empresas.

A la vista del artículo 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en adelante L.C.A.P., la única forma posible de licitar de manera conjunta por varios empresarios es a través de una unión temporal de empresas, en adelante UTE. Este artículo, además, añade que dichos empresarios quedarán obligados solidariamente ante la Administración.

En la Ley 18/1982, de 26 de mayo, que regula el régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y de sociedades de desarrollo regional, se define la UTE como el sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro, y seguidamente se indica que no gozan de personalidad jurídica propia.

Por otro lado los artículos 36 y siguientes de la L.C.A.P. y artículos 15 y siguiente del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, permiten la constitución de las garantías provisionales en metálico, valores, avales y por contrato de seguro de caución.

Además, el artículo 18.2. del citado Real Decreto establece que "en el caso de uniones temporales de empresarios las garantías provisionales podrán constituirse por una o varias de las empresas participantes, siempre que en conjunto se alcance la cuantía requerida en el artículo 36.1 de la Ley".

Conjugando todos estos elementos la duda que surge es:

Si se puede admitir como válida aquella garantía provisional en la que las entidades avalistas de cada uno de los participantes garanticen sólo a cada uno de ellos, alcanzando la cuantía requerida en el artículo 36.1. de la L.C.A.P., o si la misma ha de garantizar el resto de las empresas que forman la unión temporal recogiéndose expresamente que la responsabilidad es conjunta y solidaria respecto de las demás empresas integrantes de la UTE.

Y en virtud de lo expuesto, a VI.
SOLICITA:
Que teniendo por formulada la precedente consulta se emita el oportuno informe sobre las cuestiones planteadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Dados los términos en que en el escrito de consulta se plantea la duda que surge, es decir, "si se puede admitir como válida aquélla garantía provisional en la que las entidades avalistas de cada uno de los participantes garanticen sólo a cada uno de ellos, alcanzando la cuantía requerida en el artículo 36.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, o si la misma ha de garantizar al resto de las empresas que forman la unión temporal recogiéndose expresamente que la responsabilidad es conjunta y solidaria respecto de las demás empresas integrantes de la UTE" el supuesto de hecho planteado coincide exactamente con el que motivó nuestro informe de 17 de marzo de 1999 (expediente 12/99) y debe ser resuelto sobre la base de mismos argumentos y con idéntica conclusión.

2. En el citado informe de esta Junta se consignaba lo siguiente:

> *"La cuestión que se suscita en el presente expediente consiste en determinar si, en caso de uniones temporales de empresarios y de garantías provisionales, deben admitirse como válidas las garantías que, alcanzando la cuantía requerida, garanticen solo a la empresa que constituye la garantía, de conformidad con el artículo 18.2 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, o si, por el contrario, han de garantizar al resto de las empresas distintas de la constituyente de la garantía, que forman la unión temporal. Dicha cuestión ha de ser analizada y resuelta teniendo en cuenta, conforme a la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas, la finalidad y efecto de las garantías provisionales y las peculiaridades que, desde el punto de vista subjetivo, presentan las uniones temporales de empresarios que pretenden concurrir a contratos convocados por las Administraciones Públicas.*

2. En cuanto a la finalidad y efectos de las garantías provisionales es criterio reiterado de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que estas garantías, a diferencia de las definitivas que aseguran la correcta ejecución del contrato, lo que aseguran y garantizan es la seriedad de las ofertas y la formalización del contrato adjudicado y, por tanto, procede su incautación en los supuestos de retirada de ofertas y de falta de formalización por causa imputable al adjudicatario, pues aun cuando este último supuesto es el contemplado de manera expresa en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículos 36.5 y 55.3) en el primer supuesto -retirada de ofertas- también hay que admitir el efecto de incautación de las garantías provisionales por desprenderse así inequívocamente del artículo 116 del Reglamento General de Contratación del Estado, vigente en este punto, que solo permite retirar las fianzas provisionales por el transcurso de tres meses sin haber resuelto el concurso.

En casos generales de personas físicas o jurídicas estos criterios de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informes 2/93, de 15 de abril, 31/93, de 16 de febrero de 1994, 24/98 de 30 de junio y 30/98, de 11 de noviembre) no presentan dificultades especiales en su aplicación, debiendo pasar a examinarse qué sucede en el caso de uniones temporales de empresarios al que expresamente hace referencia el escrito de consulta.

3. En cuanto a la contratación con personas físicas o jurídicas y como excepción al requisito de la personalidad, el artículo 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas admite que la Administración podrá contratar con uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto. Es evidente que esta modalidad subjetiva de contratación se rige por las normas generales de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas en cuanto no exista norma específica que se aparte de la regulación general, lo que obliga a examinar, en materia de garantías provisionales cuales sean esas normas y su alcance concreto.

El artículo 18.2 del Real Decreto 390/1996 de 1 de marzo, a propósito de las garantías provisionales establece que "en el caso de uniones temporales de empresarios, las garantías provisionales podrán constituirse por una o varias de las empresas participantes, siempre que en conjunto se alcance la cuantía requerida en el artículo 36.1 de la Ley ". La primera y fundamental observación que deriva del examen de este precepto es que el mismo se limita, para facilitar la constitución de garantías provisionales a las uniones temporales de empresarios, a permitir que éstas se constituyan por una o varias de las empresas participantes en la unión temporal, siempre que se alcance la cuantía requerida, es decir, el 2 por 100, sin que, en absoluto haga referencia alguna a los efectos propios de las garantías provisionales

que, en consecuencia, habrán de determinarse con arreglo a las normas generales.

En cuanto a su constitución la garantía provisional garantiza la seriedad de la oferta, en el caso de uniones temporales de empresarios la que se presenta conjuntamente por la unión, por lo que resulta absurdo admitir garantías provisionales, como se dice en el escrito de consulta que "garanticen solo a la empresa que constituye la garantía" pues lo que debe garantizar es el mantenimiento de la oferta única presentada por la unión temporal hasta llegar, en su caso, a la formalización del contrato.

Desde el punto de vista de los efectos la garantía provisional, aplicando las reglas generales de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas deberá ser incautada cuando se retire la oferta antes de la adjudicación y cuando, por causa imputable a la unión temporal adjudicataria no se llegue a la formalización del contrato. Prescindiendo de este segundo supuesto que no plantea problemas específicos, la retirada de ofertas en el caso de uniones temporales de empresarios debe entenderse producida cuando se altera el elemento subjetivo de la unión temporal, es decir, cuando presentada la proposición u oferta se retira alguna empresa o es sustituida por otra, pues ello contradice el principio de seriedad que garantiza la garantía provisional y la obligación de mantenimiento de la oferta que resulta del artículo 116 del Reglamento General de Contratación del Estado y ello, aunque una vez adjudicado el contrato, las empresas integrantes de la unión respondan solidariamente de su ejecución.

En resumen, debe afirmarse que la garantía provisional que garantice a una sola empresa, en el caso de unión temporal, no debe ser admitida al impedir que se produzcan los efectos propios de la garantía provisional en orden, entre otros efectos, a su posible incautación por retirada de la oferta o por falta de formalización del contrato".

A los anteriores razonamientos únicamente cabe añadir que el apartado 2 del artículo 36 y el apartado 1 del artículo 44 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la redacción dada a los mismos por el artículo único de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, frente al silencio de la redacción anterior, viene a aclarar definitivamente la cuestión, significando el primero que la garantía provisional será "incautada a las empresas que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación" y el segundo que la misma garantía "responderá del mantenimiento de las proposiciones presentadas por los licitadores hasta la adjudicación y de la proposición del adjudicatario hasta la formalización del contrato".

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, al igual que en su anterior informe de 17 de marzo de 1999, entiende que en las uniones temporales de empresarios deben rechazar las garantías provisionales que garanticen sólo a la empresa que las constituya, pues tal limitación impide a la garantía provisional desplegar sus efectos propios y característicos en los supuestos de retirada de ofertas y de falta de formalización del contrato.