

Informe 1/2015, de 25 de xuño, sobre a posibilidade do contratista de ceder o importe da garantía a un subcontratista

ANTECEDENTES

Polo Concello de Cariño dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa o seguinte escrito de consulta:

“ Dende este concello vense a solicitar informe á Xunta consultiva de contratación administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia sobre a posibilidade de que a empresa contratista dunha obra transmita o dereito a devolución de garantía definitiva (en metálico), presentada por ela, a favor doutra empresa (subcontratista), e dos efectos que ese acordo privado asinado polas dúas partes produce para a Administración pública que ten que devolver a garantía definitiva.”

Xúntase ao petitum certificación do Secretario do concello acreditativo do contido dun decreto da Alcaldía que acorda a remisión da solicitude de informe a este órgano *“ visto que existe un problema de interpretación da posibilidade de transmisión dunha garantía definitiva presentada en metálico dunha empresa (adxudicataria) a outra, sendo o iter o seguinte:*

- 1. A “empresa A” presentou garantía definitiva para garantir a correcta realización dunha obra, como adxudicataria desta. A garantía definitiva presentouse baixo a modalidade de efectivo (mediante transferencia bancaria).*
- 2. A “empresa A” subcontratou parte da execución desa obra coa “empresa B”, o cal foi comunicado ao Concello.*
- 3. Posteriormente a “empresa B” presenta no rexistro de entrada municipal documento privado asinado polas dúas partes (empresa A e empresa B) onde se solicita literalmente: “Que unha vez rematadas ás obras, se devolva ou importe íntegro dá fianza á empresa XXX (empresa B), con número de conta... ”.*
- 4. Con data posterior, e á hora de proceder á devolución da garantía, a “empresa A” presenta documento requirindo para que se lle devolva a ela o importe da garantía. A “empresa B” non está de acordo.*

CONSIDERACIÓNS XURÍDICAS.

1.- Segundo o disposto no artigo 2.1 do Decreto 237/2007, do 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa correspóndelle a este órgano consultivo emitir informe con carácter facultativo sobre aquelas cuestións que, en materia de contratación administrativa, sometan as súa consideración as entidades enumeradas no seu artigo 1 entre as que figuran as entidades locais de Galicia.

2.- A cuestión que se presenta é moi concreta. Non se trata de concretar as responsabilidades a que están afectas as garantías, nin a preferencia na súa execución, nin a reclamación dun subcontratista para facer fronte ao pagamento de cantidades debidas polo contratista principal. Trátase de determinar si o órgano de contratación está obrigado por un documento privado que, asinado entre o contratista e un terceiro (subcontratista), acorda a devolución directa a este último das contías retidas polo Concello ao tratarse dunha garantía presentada en metálico.

3.- Primeiramente debemos facer unha mención sobre as responsabilidades a que están afectas as garantías o que se regula no artigo 100 do TRLCSP que di:

A garantía responderá dos seguintes conceptos:

- a) *Das penalidades impostas ao contratista conforme ao art. 212.*
- b) *Da correcta execución das prestacións contempladas no contrato, dos gastos orixinados á Administración pola demora do contratista no cumprimento das súas obrigas, e dos danos e prexuízos ocasionados á mesma con motivo da execución do contrato ou polo seu incumprimento, cando non proceda a súa resolución.*
- c) *Da incautación que poida decretarse nos casos de resolución do contrato, de acordo co que nel ou nesta Lei se teña establecido.*
- d) *Ademais, no contrato de subministro a garantía definitiva responderá da inexistencia de vicios ou defectos dos bens subministrados durante o prazo de garantía que se teña previsto no contrato.*

4.- Doutra banda, o art. 102 do TRLCSP titúlase “*devolución e cancelación das garantías*” segundo o que:

- 1) *A garantía non será devolta ou cancelada ata que se teña producido o vencemento do prazo de garantía e cumprindo satisfactoriamente o contrato de que se trate, ou ata que se declare a resolución deste sen culpa do contratista.*
- 2) *Aprobada a liquidación do contrato e transcorrido o prazo de garantía, se non resultaren responsabilidades devolverase a garantía constituída ou cancelarse o aval ou seguro de caución.*

O acordo de devolución deberá aportarse e notificarse ao interesado no prazo de dous meses dende a formalización do prazo de garantía. Transcorrido o mesmo, a administración deberá abonar ao contratista a cantidade adebedada incrementada co interese legal do diñeiro correspondente ao período transcorrido dende o vencemento do citado prazo ata a data da devolución da garantía, se esta non se tivera feito efectiva por causa imputable á Administración.

- 3) *No suposto de recepción parcial só poderá o contratista solicitar a devolución ou cancelación da parte proporcional da garantía cando así se autorice expresamente no prego de cláusulas administrativas particulares.*
- 4) *Nos casos de cesión de contratos non se procederá á devolución ou cancelación da garantía prestada polo cedente ata que se teña formalmente constituída a do cesionario.*

5.- Como se observa, nada ven regulado na normativa de contratación pública sobre a transmisión a terceiros do dereito á devolución da garantía definitiva que o contratista afectou ao cumprimento das súas obrigas contractuais.

A intervención de terceiros nos procedementos regulados polo TRLCSP son escasos: figuran na cesión do contrato, na subcontratación e cando se regula o réxime das garantías presentadas por terceiros avalistas (art. 97). Respecto á subcontratación se regula nos arts. 227 e 228 do TRLCSP. No texto refundido tipifícase como a facultade que ten o contratista de poder concertar con terceiros, mediante outro contrato de natureza privada, a realización parcial do obxecto do contrato principal, conservando, non obstante, a total e exclusiva responsabilidade da súa execución fronte á Administración contratante.

6.- Neste asunto o que en realidade se produce é que por medio dun documento privado o contratista transmite ao subcontratista a garantía definitiva, que fora presentada en metálico, e posteriormente desiste desa transmisión. Como vimos, nos artigos expostos, anteriormente a garantía definitiva devolverase unha vez cumprido satisfactoriamente o contrato, aprobada a súa liquidación e transcorrido o prazo de garantía. Polo tanto, se cumpren con todos os requisitos tería dereito á súa devolución é dicir, xurdiría un dereito de crédito, a favor do contratista.

7.- A falta de regulación expresa na normativa de contratación pública de situacións como esta permítenos acudir á figura da analogía como principio de interpretación do dereito. Existe unha semellanza entre o dereito de crédito e o dereito de cobro que ven regulado no art. 218 do TRLCSP. Neste artigo se recolle a posibilidade da súa transmisión, nel se sinala que os contratistas que teñan dereito de cobro fronte á Administración, poderán ceder o mesmo conforme a dereito esixindo como requisito imprescindible para que a cesión sexa efectiva a notificación fehaciente á Administración do acordo de cesión.



Sobre a transmisión dos dereitos de cobro xa o TS na Sentencia do 4 de decembro de 1990 sentou xurisprudencia e sinala que “[...] tal transmisión do crédito posta en coñecemento da Administración debedora, constitúe a esta na obriga de pagar ao novo titular do crédito, [...]”. Polo tanto, como se recoñece informe 6/2011 da Xunta consultiva de contratación administrativa da comunidade autónoma de Aragón “estamos en presenza dunha cesión de crédito que lexítima para o seu cobro ao cesionario, na mesma medida e extensión en que o estivera o cedente (STS de 10 de decembro de 1981, RJ 5384). O acto da transmisión dos dereitos de cobro dos contratistas fronte á Administración, seguindo a tese máis aceptada pola xurisprudencia e a doutrina, é de transmisión da titularidade do crédito e non un mero acto de apoderamento de cobranza polo que un terceiro pode cobrar, en nome e por conta do contratista, da Administración. Ademais se continúa dicindo que a transmisión dos dereitos de cobro coincide co negocio xurídico de natureza estritamente privada dos artigos 1.526 e seguintes do Código civil (e 347, 348 do Código de Comercio). O feito de transmitir a propiedade do título documental que recoñece o dereito de cobro do contratista ten unha indubidable importancia, posto que, unha vez convida validamente entre o cedente e o cesionario a transmisión e producido así o cambio de titularidade, o cedente non poderá revocar por si só e libremente aquela e, tampouco os embargos ordenados e comunicados con posterioridade á data da notificación fidedigna do acordo da cesión ...

O art. 1526 do Código civil establece que a cesión dun crédito, dereito ou acción non fará efecto contra terceiro senón dende que a súa data se teña por certa de conformidade cos artigos 1.218 y 1.227. E o art. 1.227 determina que a data dun documento privado non se contará respecto de terceiros senón dende a data en que tería sido incorporado ou inscrito nun rexistro público, dende a morte de calquera dos que lle firmaron, ou dende o día en que se entregase a un funcionario público por razón do seu oficio.

8.- Considerando todo o que analizamos ata o momento pódese afirmar, por un lado, que a transmisión que fixo o contratista ao subcontratista da garantía definitiva, é unha transmisión do crédito que tiña o contratista ante a Administración.

Respecto aos requisitos que son esixibles para que a cesión produza os efectos propios en canto ao pago pola Administración sinalounos xa a Xunta consultiva de contratación administrativa do Estado no informe 7/2004 que di que son:

- Que o dereito de cobro fronte á Administración exista.
- Que se notifique de forma fidedigna a esta a primeira e as segundas e sucesivas cesións, polo que este debe constituír o principal e quizá exclusivo trámite do procedemento, que unha vez cumprido exime de adicionar ou completar novos trámites procedimentais.

CONCLUSIÓN

1º.- A materia da que versa a petición de informe trata de determinar si o órgano de contratación está obrigado por un documento privado asinado entre contratista e subcontratista, o que nos deriva á materias recollidas no ámbito do dereito privado e non administrativo.

2º.- Partindo desa premisa, acudindo ao disposto no artigo 1526 do Código Civil, esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa entende que, cumpridas as obrigas contractuais das que é afecto, o dereito de cobro do importe da garantía pode ser considerado transmisible a un terceiro, en documento privado, dende a data na que se notifique de forma fidedigna á administración, producindo efectos liberatorios desta respecto ao contratista principal.

Santiago de Compostela, a 25 de xuño de 2015