

**ASUNTO: CONTRATACIÓN**

*Negativa de entidad avalista a atender el requerimiento de pago del Ayuntamiento*

217/11

EP

\*\*\*\*\*

**INFORME****I. ANTECEDENTES DE HECHO**

Mediante escrito de fecha \_\_\_\_\_ y entrada en esta Institución Provincial \_\_\_\_\_, el Sr. Alcalde de \_\_\_\_\_ (E.L.M.) interesa informe sobre el asunto epigrafiado, acompañando “dossier” de la documentación obrante en el expediente municipal, y que sirve de base para la emisión del presente como complementario a nuestro informe \_\_\_\_\_ por incumplimiento de contrato y procedimiento para ejecución de aval.

**II. LEGISLACIÓN APLICABLE**

- Constitución Española (CE)
- Código Civil (CC)
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL)
- Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril, que aprueba el Texto Refundido de Disposiciones vigentes en materia de Régimen Local (TRRL)
- Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF)
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)
- Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP)



- Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCAP)

### III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Como resulta del informe de referencia en los antecedentes, y en el último inciso del mismo se señalaba. “ La devolución de la fianza constituida en su día por \_\_\_\_\_ SLL, se le devolverá, previa petición de su representante, una vez constituida la de aquella que hubiera de sustituirla, cual es la prestada por \_\_\_\_\_ SL”

Dicha sustitución en los instrumentos de garantía no se ha producido, y el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ ante el incumplimiento de contrato por \_\_\_\_\_ SL, como “subrogada” de la adjudicataria \_\_\_\_\_ SLL, ha interesado de la entidad avalista de esta última la ejecución de los avales vigentes de esta y ante meritado requerimiento, se opone la entidad avalista a dicha ejecución mediante escrito de alegaciones aduciendo la ausencia de motivación de la ejecución interesada de los avales por el Ayuntamiento.

El contrato de que se trata, data del año \_\_\_\_\_, y en consecuencia todo su devenir, se habrá de ajustar a la normativa vigente en meritado año, es decir, el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) y su Reglamento de aplicación ( Real Decreto 1098/2001), así resulta de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público ( LCSP), a cuyo tenor:

*“1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.*

- *Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.”*

El art. 112 del TRLCAP, en su párrafo primero señala que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, mediante procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine.

El procedimiento para la resolución de los contratos está regulado en el art. 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP), que al respecto dispone:

“Procedimiento para la resolución de los contratos.

1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a



*instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del art. 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:*

*Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.*

*Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.*

*Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.*

*Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.*

*2. Todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente.”*

.Al respecto el referido art. 96\_TRLCAP señala que en el supuesto de demora en la ejecución, si la Administración optase por la resolución, esta deberá acordarse por el órgano de contratación sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de este, el dictamen del Consejo de Estado u Órgano Consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.

Los efectos de la resolución del contrato son los previstos en el art. 113 TRLCAP, así, cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

En todo caso, el Acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida.

### ***De la ejecución del Aval:***

El aval se define en el artículo 1822 del vigente código civil. Se trata de un negocio jurídico mediante el cual el avalista se obliga a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo esté. En materia de contratación pública el aval tiene ciertas características especiales:

1º. Debe ser solidario respecto del obligado principal, con renuncia al beneficio de excusión respecto de los bienes del avalado. No es pues de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.830 del vigente código civil. En consecuencia el avalista no podrá oponer a la ejecución del aval que se persiga, con carácter previo, todos los bienes del avalado.

2º. Es pagadero al primer requerimiento de la entidad pública contratante, sin perjuicio de las acciones posteriores que correspondan al avalista frente al avalado conforme sus pactos, contratos y la normativa de aplicación.

3º. Respecto de la solidaridad rigen los preceptos de los artículos 1.137 a 1.148 del vigente código civil.

4º. El aval deberá ser de duración indefinida, hasta que el órgano de contratación resuelva sobre la extinción de la obligación garantizada y acuerde, en consecuencia,



cancelar el aval.

Establecidas las características esenciales del aval como forma de garantía contractual, se debe mencionar lo siguiente:

1º.-La ejecución del aval constituido como forma de garantía, debe ser consecuencia de un previo procedimiento administrativo, donde se acredite debidamente las causas de la ejecución. No se ejecuta de forma automática al margen de cualquier género de procedimiento.

2º.-Este procedimiento debe tramitarse de acuerdo a las prescripciones generales de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Es por lo tanto de aplicación el Título IV del mencionado texto legal.

3º.-En este procedimiento es parte interesada el avalista, conforme dispone el artículo 46.2 TRLCAP

4º.-La incoación del procedimiento debe ser notificada a los interesados, es decir, al avalista y al avalado, que podrán acceder al expediente, aportar documentos, y realizar cuantas alegaciones estimen pertinentes. Todo ello en los términos del artículo 79 de la LRJAP-PAC. Todo ello, además y sin perjuicio de la posterior evacuación del preceptivo trámite de audiencia al interesado, previo a la resolución del procedimiento.

5. En el caso que nos ocupa, conforme al art. 47. 3.TRLCAP: “ *En los casos de cesión de contratos no se procederá a la devolución o cancelación de la garantía prestada por el cedente hasta que no se halle formalmente constituida la del cesionario.*”

Nos encontramos en el presente caso, ante el hecho de que el avalista formula una alegación consistente en interesar ser parte en el procedimiento y conocer las causas que dan lugar al requerimiento de ejecución de avales, a lo cual el Ayuntamiento ha de atender necesariamente, conforme a las normas de la LRJPA y así esta alegación debe ser expresamente contestada en virtud de lo dispuesto en el artículo 89 de la LRJAP-PAC.

Por tanto, en el caso que nos ocupa, provocará el inicio de un procedimiento separado, coetáneo y paralelo que no enervará el curso del principal.

Entendemos entonces que la forma correcta de actuar ante la alegación del avalista sería el instruir un procedimiento conexo al principal, consistente en otorgar un plazo al avalista para que examine el expediente y alegue lo que a su derecho convenga. De otorgarse tal posibilidad y mientras transcurre este plazo la instrucción del procedimiento principal podrá quedar en suspenso- si no estuviere concluido- siendo así que continuará desde el trámite en que se suspendió.

Por último, para hacer efectivos los avales, el Ayuntamiento de Valdivia, notificará a la entidad avalista correspondiente para que proceda hacer efectivo el aval, quedando obligada a ingresar en metálico en la Caja de la Corporación el todo o la parte que proceda de la cantidad garantizada, tal como establece el Artículo 56 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCAP).

La entidad avalista tiene el compromiso de pago – así resulta del contenido de los



avales prestados - al primer requerimiento del Ayuntamiento, de la Caja General de Depósitos u órgano equivalente de las restantes Administraciones Públicas, con sujeción a los términos previstos en la Legislación de contratos de las Administraciones Públicas, en sus normas de desarrollo y en la normativa reguladora de la Caja General de Depósitos. Pues, el aval debe ser solidario respecto al obligado principal, con renuncia expresa al beneficio de excusión y pagadero al primer requerimiento de la Administración.

El art. 45 TRLCAP, al tratar de la "*Preferencia en la ejecución de garantías.*", dispone:

- 1 Para hacer efectiva la garantía definitiva, la Administración contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título en que se funde su pretensión.
2. Cuando la garantía no sea bastante para satisfacer las responsabilidades a las que está afecta, la Administración procederá al cobro de la diferencia mediante el procedimiento administrativo de apremio, con arreglo a lo establecido en las respectivas normas de recaudación"

De lo anterior, se deduce que la Administración está facultada para exigir por el procedimiento de apremio las responsabilidades a las que está afecta la garantía cuando esta no resulta suficiente. Por analogía, este procedimiento se podría emplear en aquellos casos en los que el avalista no respondiese a los requerimientos del Ayuntamiento, entendiéndose que éste se podría dirigir tanto al deudor principal como al avalista, siguiendo los trámites previstos por el Reglamento General de Recaudación (RGR), aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, los cuales también rigen para el caso que la ejecución del aval no se produjese en el ámbito de un procedimiento de contratación, a la vista de lo señalado por el artículo 2.2 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo. De esta manera, constatada la no voluntad del avalista de cumplir con su obligación dineraria de manera voluntaria, se debe dictar la providencia de apremio y desarrollar el resto de trámites del procedimiento regulado en los artículos 72 y siguientes del RGR.

Badajoz, julio de 2011