

ASPECTOS ECONÓMICOS DE LAS GARANTÍAS Y EL PAGO EN LOS CONTRATOS DE OBRAS, SUMINISTROS Y SERVICIOS EN LAS ENTIDADES LOCALES.

José Manuel FARFÁN PÉREZ
Tesorero General.
Diputación de Sevilla y el OPAEF.

SUMARIO:

I.- LAS GARANTÍAS DE LOS CONTRATOS.

- 1.- INTRODUCCIÓN.
- 2.- ÚLTIMAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS
- 3.- LUGAR DE CONSTITUCIÓN Y MEDIOS.
- 4.- RÉGIMEN DE LAS GARANTÍAS, DEVOLUCIÓN Y CANCELACIÓN.
- 5.- LA GARANTÍA COMPLEMENTARIA Y LA GARANTÍA GLOBAL.
- 6.- DEVOLUCIÓN DE GARANTÍAS

II.- EL PAGO EN LOS CONTRATOS.

- 1.- REQUISITOS PREVIOS: EL RECONOCIMIENTO DE OBLIGACIONES Y LA ORDENACIÓN DE PAGOS.
- 4.- MEDIOS DE PAGO.
- 2.- PAGO APLAZADO.
- 3.- PRINCIPALES MODIFICACIONES DE 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.
- 5.- TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DE COBRO.
- 6.- EMBARGO DE LOS ABONOS A CUENTA.

III.- BIBLIOGRAFÍA.

I.- LAS GARANTÍAS DE LOS CONTRATOS

1.- INTRODUCCIÓN

Las garantías en la contratación pública tiene por objeto como indica RODRIGUEZ-ARANA y ALVAREZ BARBEITO¹: “cuantificar de forma anticipada los perjuicios que podría provocar la actuación del contratista, sin que ello suponga limitación alguna a la responsabilidad de aquel dado que en todo caso responderá con todos sus bienes presentes y futuros”.

El TRLCSP, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; considera básicas

¹ RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y ALVAREZ BARBEITO, F.J.: “El régimen de las garantías para contratar con las Administración Pública”, *Actualidad Administrativa*, nº 32,1997, pág. 690.

todas las normas establecidas para las garantías en dicho texto legal con la excepción del párrafo segundo del apartado 1 del art. 95, que es una de las novedades más importantes de este artículo; y consiste en el reconocimiento claro de la posibilidad de eximir al contratista de establecer garantía definitiva.

El TRLCSP regula las garantías en su Libro I: "CONFIGURACIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO Y ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LOS CONTRATOS", y más exactamente en su TÍTULO IV: "GARANTÍAS EXIGIBLES EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO". Este título diferencia las garantías a prestar en los contratos celebrados con las administraciones públicas que recoge su capítulo I de las GARANTÍAS a prestar en otros contratos del sector público (entidades del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas) que recoge su capítulo II.

Esta diferenciación obedece a la obligatoriedad de establecer una garantía definitiva para los que resulten adjudicatarios de los contratos que celebren las Administraciones Públicas (sin perjuicio de que en ciertos casos se les pueda eximir de dicha constitución como comentábamos anteriormente); de aquellas entidades del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, porque en este caso tiene carácter potestativo el establecer garantías, correspondiendo al órgano de contratación fijar su importe, así como el régimen de devolución o cancelación, atendiendo a las circunstancias y características del contrato.

2.- ULTIMAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS

La Ley 34/10, da una nueva redacción a diversos artículos en esta materia en la línea de volver al esquema anterior a esta ley, de refundir en un solo acto la adjudicación provisional y definitiva, en definitiva hemos vuelto al sistema anterior al TRLCSP.

Creemos conveniente especificar las modificaciones que introduce esta ley en materia de garantías y como quedan redactados definitivamente dichos artículos:

Por ello el apartado 1, párrafo primero del artículo 95 queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 95. *Exigencia de garantía.*

1. Los que presenten las ofertas económicamente más ventajosas en las licitaciones de los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán constituir a disposición del órgano de contratación una garantía de un 5 por ciento del importe de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido. En el caso de los contratos con precios provisionales a que se refiere el artículo 75.5, el porcentaje se calculará con referencia al precio máximo fijado.»

Se da nueva redacción al artículo 99.1:

«Artículo 99. *Constitución, reposición y reajuste de garantías.*

1. El licitador que hubiera presentado la oferta económicamente más ventajosa deberá acreditar en el plazo señalado en el artículo 151.2, la constitución de la garantía. De no cumplir este requisito por causas a él imputables, la Administración no efectuará la adjudicación a su favor, siendo de aplicación lo dispuesto en el último párrafo del artículo 151.2. »

Se redactan en la forma que sigue los apartados 1 y 4 del artículo 103:

«Artículo 103. *Exigencia y régimen.*

1. En atención a las circunstancias concurrentes en cada contrato, los órganos de contratación podrán exigir a los licitadores la constitución de una garantía que responda del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación del mismo. Para el licitador que resulte adjudicatario, la garantía provisional responderá también del cumplimiento de las obligaciones que le impone el segundo párrafo del artículo 151.2.

Cuando el órgano de contratación decida exigir una garantía provisional deberá justificar suficientemente en el expediente las razones por las que estima procedente su exigencia para ese contrato en concreto.

...

4. La garantía provisional se extinguirá automáticamente y será devuelta a los licitadores inmediatamente después de la adjudicación del contrato. En todo caso, la garantía será retenida al licitador cuya proposición hubiera sido seleccionada para la adjudicación hasta que proceda a la constitución de la garantía definitiva, e incautada a las empresas que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación.»

La redacción del artículo 104 queda de la siguiente forma:

«Artículo 104. *Supuestos y régimen.*

1. En los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, los órganos de contratación podrán exigir la prestación de una garantía a los licitadores o candidatos, para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación y, en su caso, formalización del contrato o al adjudicatario, para asegurar la correcta ejecución de la prestación. »

3.- LUGAR DE CONSTITUCIÓN Y MEDIOS.

Las garantías exigidas en los contratos celebrados con las Administraciones Públicas podrán prestarse en alguna de las siguientes formas:

- a. En efectivo o en valores de Deuda Pública, con sujeción, en cada caso, a las condiciones establecidas en las normas de desarrollo de esta Ley. El efectivo y los certificados de inmovilización de los valores anotados se depositarán en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales encuadradas en las Delegaciones de Economía y Hacienda, o en las Cajas o establecimientos públicos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales contratantes ante las que deban surtir efectos, en la forma y con las condiciones que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.
- b. Mediante aval, prestado en la forma y condiciones que establezcan las normas de desarrollo de esta Ley, por alguno de los bancos, cajas de ahorros, cooperativas de crédito, establecimientos financieros de crédito y sociedades de garantía recíproca autorizados para operar en España, que deberá depositarse en los establecimientos señalados en la letra a) anterior.

El aval es el medio más común y como requisitos esenciales debe tener: la renuncia expresa al beneficio de excusión (artículos 1830 y concordantes del Código Civil) por parte

del que preste la garantía, solidario respecto al obligado principal y carácter indefinido en su duración hasta que se revoque por la administración y pagadero al primer requerimiento de esta y se puede establecer un importe donde se solicite que el aval este bastantado por la Asesoría Jurídica de la Entidad Local.

Es importante que la Entidad esté autorizada para operar en España según el registro del banco de España y el aval debe estar inscrito en el registro especial de avales.

- c. Mediante contrato de seguro de caución, celebrado en la forma y condiciones que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan, con una entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo. El certificado del seguro deberá entregarse en los establecimientos señalados en la letra a anterior.

Es importante que la Entidad Aseguradora este inscrito en los registros para poder operar en España.

Al tener el seguro una caducidad de 10 años se debe contemplar ese aspecto esencial.

Por último, en relación con el contrato de seguro de caución, se recogen una serie de normas que concretan su régimen jurídico, de forma que:

- a) Tendrá la condición de tomador del seguro el contratista y la de asegurado la Administración contratante.
- b) La falta de pago de la prima, sea única, primera o siguientes, no dará derecho al asegurador a resolver el contrato, ni extinguirá el seguro, ni suspenderá la cobertura, ni liberará al asegurador de su obligación, en el caso de que éste deba hacer efectiva la garantía.
- c) El asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro.

Cuando así se prevea en los pliegos, la garantía que, eventualmente, deba prestarse en contratos distintos a los de obra y concesión de obra pública podrá constituirse mediante retención en el precio y además la acreditación de la constitución de la garantía podrá hacerse mediante medios electrónicos, informáticos o telemáticos.

En el ámbito local las garantías se formalizan en la Tesorería otorgándose el oportuno justificante de constitución de garantías donde quede garantizado el NIF; nombre o razón social del constituyente, importe que garantiza y objeto de la garantía.

Los avales y los certificados de seguro caución que se constituyan como garantías deben ser autorizados por apoderados de la entidad avalista o aseguradora que cuenten con poder suficiente para obligar a su entidad. Por ello en el ámbito local estos poderes deben estar bastantados y por una sola vez, por la Asesoría Jurídica u órgano competente de la Entidad Local contratante que tenga atribuido el asesoramiento jurídico del órgano de contratación. El cumplimiento de este requisito debe expresarse en el texto del aval o seguro de caución.

Las cancelaciones de garantías una vez aprobadas por el órgano competente se realizarán por medios que acrediten la legitimación de la persona a quien se le entrega la garantía.

El avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada, en los términos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de

noviembre, eso indica que en el procedimiento de incautación de garantías se le debe dar audiencia al avalista, tal y como ya venía señalando la jurisprudencia, debe recordarse que el concepto de interesado se encuentra recogido en el art. 31 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común; el avalista es un sujeto que no ha iniciado o instado a comenzar el procedimiento administrativo, pero que sus derechos pueden ser afectados por la decisión que se adopte en el procedimiento.

3. TIPOLOGÍAS:

A) VALORES PUBLICOS O PRIVADOS.

- Elevada Liquidez: Mercado monetario o renta fija.
- Representado en anotaciones en cuenta o certificaciones nominativas en el caso de fondos de inversión.
- Certificación de la inmovilización de los mismos a favor de la Entidad Local.
- La garantía debe tener un valor nominal igual o superior a la garantía. Y tener un valor de realización igual o superior al 105% de la garantía exigida.

B) GARANTIA MEDIANTE AVAL.

- Deberá ser prestado por Bancos, Cajas de Ahorros, Cooperativas de Crédito y Sociedades de Garantía Recíproca autorizados para operar en España.
- Solidario respecto al obligado principal, con renuncia expresa al beneficio de excusión y pagadero al primer y pagadero al primer requerimiento de la Entidad Local.
- El aval será de duración indefinida, permaneciendo vigente hasta que se resuelva expresamente declarar la extinción de la obligación garantizada.

C) GARANTIA CONSTITUIDA MEDIANTE CONTRATO DE SEGURO DE CAUCIÓN.

- Entidad Aseguradora autorizada para operar en España en la rama de esta tipología de seguros..
- Si la duración de este contrato es superior a 10 años, deberá aportar el contratista nueva garantía durante el último mes del plazo indicado.
- El asegurador asume el compromiso de indemnizar al asegurado al primer requerimiento de la Entidad Local.

Cualquier duda sobre la constitución o cancelación de garantías, dada la supletoriedad en esta materia para la Tesorería Local de la Legislación aplicable al Tesoro Estatal se puede acudir al RD 161/1997, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos.

4.- RÉGIMEN DE LAS GARANTÍAS, DEVOLUCIÓN Y CANCELACIÓN.

Cuestiones tratadas anteriormente y en especial en esta sección quedan reflejadas en la Sentencia de 11 junio 2002 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª). En cuanto que a pesar de que el aval se enmarca en la esfera del Derecho Mercantil, son normas administrativas, y no civiles, las que rigen dicha garantía o afianzamiento, y es este orden jurisdiccional, y no el civil, el que se ha ocupado y el que ha resuelto todas las cuestiones referidas a las fianzas o avales.

En todo caso, debe destacarse que, tal y como se desprende de la naturaleza jurídica de las garantías definitivas, así como del artículo 225 del TRLCSP, la responsabilidad del contratista no se limita únicamente al importe de dichas garantías, sino que, en su caso, deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. La garantía responde como una indemnización mínima fijada a tanto alzado, pero si se producen además daños o perjuicios que la Administración no está jurídicamente obligada a soportar, podrá exigir su resarcimiento a título de responsabilidad patrimonial, debiendo en este caso acreditar la efectividad de la lesión así como cuantificar el daño producido. Además, para hacer efectiva la garantía, la Administración contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título del que derive su crédito y cuando la garantía no sea bastante para cubrir 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 normas de recaudación².

Además observamos como las relaciones internas entre avalista y avalado carecían de eficacia frente a la Administración, de ahí que no pueda oponerse el avalista al requerimiento de la Administración.

El artículo 100 del TRLCSP establece que la garantía definitiva responde de los siguientes conceptos:

- a) De las penalidades impuestas al contratista conforme al art. 212 del TRLCSP, que regula la ejecución defectuosa y la demora en el cumplimiento del contrato.
- b) De la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato, de los gastos originados a la Administración por demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma que traigan causa de la ejecución del contrato o su incumplimiento, cuando no proceda su resolución.

Así, el TRLCSP ha arbitrado tres mecanismos diferentes, con el fin de dar una respuesta a aquellos casos en que se produzca un incumplimiento de las mismas:

^{1º} Los pliegos pueden prever penalidades, en los términos previstos en el artículo 212.1 del TRLCSP (ejecución defectuosa y demora, teniendo en cuenta que estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 % del presupuesto del contrato).

^{2º} Según el art. 223. f) del TRLCSP, los pliegos pueden configurar dicho incumplimiento como una causa de resolución. Es el supuesto de

² Aplicación de la Ley General Tributaria y normativa aplicable, entre ellas el Reglamento General de Recaudación

incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato que son causas de resolución del contrato.

3º Para aquellos casos en que el citado incumplimiento no se tipifique como causa de resolución, podrá ser considerado, en los términos que se establezca en el contrato o en el pliego, como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 60.2.e) del TRLCSP (que se refiere a la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas).

c) El último mecanismo es la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con se establezca en el mismo o en el TRLCSP.

5.- LA GARANTÍA COMPLEMENTARIA Y LA GARANTÍA GLOBAL

En casos especiales puede exigirse una garantía complementaria de hasta un 5% del importe de adjudicación del contrato, de modo que se puede alcanzar una garantía total del 10% del precio del contrato (art. 95.2 del TRLCSP). El art. 59 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP que no ha sido derogado de forma expresa por la disposición derogatoria del TRLCSP y, por tanto, debe entenderse que resulta de aplicación en aquellos aspectos que no contradigan la nueva ley), nos indica que se consideran especiales aquellos contratos en los que, dado el riesgo que asume el órgano de contratación por su especial naturaleza, régimen de pagos o condiciones de cumplimiento del contrato, resulte aconsejable incrementar el porcentaje de la garantía definitiva, lo que debe acordarse en resolución motivada.

Por otra parte, cuando la cuantía del contrato se determine en función de precios unitarios, el importe de la garantía se fijará atendiendo al presupuesto base de licitación (art. 95.3 del TRLCSP).

La garantía global es aquella que se permite constituir alternativamente a la prestación de una garantía singular para cada contrato, con el fin de afianzar las responsabilidades que puedan derivarse de la ejecución de todos los contratos que celebren con una Administración Pública, o con uno o varios órganos de contratación (artículo 98.1 del TRLCSP). Por tanto, su finalidad es precisamente la de facilitar la licitación y reducir los gastos de constitución de garantías de aquellos contratistas que se relacionen habitualmente con la Administración en esta materia.

En cuanto a la forma, la garantía global únicamente podrá prestarse mediante aval o seguro de caución, tal y como señala el artículo 98.2 del TRLCSP, debiendo ser depositada en los mismos lugares que el resto de garantías.

En relación con su extensión, esta garantía responde del cumplimiento por parte del adjudicatario de las obligaciones derivadas de los contratos cubiertos por la misma hasta el 5% o porcentaje mayor que proceda (en el caso de que se haya exigido una garantía complementaria) del importe de adjudicación o del presupuesto base de licitación (si el precio se ha fijado mediante precios unitarios). No obstante, si procediera el abono de daños y perjuicios a favor de la Administración, la indemnización se hará efectiva sobre el resto de la garantía global.

Por su parte, el apartado cuarto del citado artículo 98 se refiere a la afectación de la garantía global a un contrato concreto, indicando que la caja o establecimiento donde se hubiese constituido emitirá, a petición de los interesados, una certificación acreditativa de su existencia y suficiencia, en un plazo máximo de tres días hábiles desde la presentación de la solicitud en tal sentido, procediendo a inmovilizar el importe de la garantía a constituir, que se liberará cuando quede cancelada la garantía.

6.- DEVOLUCIÓN DE GARANTÍAS

Tal y como señala el artículo 102 del TRLCSP, la devolución o cancelación de la garantía definitiva no procede hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y se haya cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, o hasta que se declare la resolución del contrato sin culpa del contratista.

Así, aprobada la liquidación del contrato y transcurrido el plazo de garantía, siempre que no existan responsabilidades, se procederá a su devolución o cancelación, dictándose y notificándose al efecto un acuerdo en el plazo de dos meses desde la finalización del plazo de garantía.

¿Qué ocurre en aquellos casos en que la Administración no devuelve o cancela la garantía en el plazo fijado al efecto (dos meses, en los términos ya vistos) y no existe culpa del contratista?

En estos supuestos, el artículo 102.2 del TRLCSP dispone que la Administración deberá devolver al contratista la cantidad adeudada más el interés legal del dinero³ correspondiente al período transcurrido desde el vencimiento del plazo de dos meses hasta la fecha de la devolución de la garantía. Debe destacarse que en este caso, el TRLCSP opta por aplicar el interés legal del dinero, y no los intereses moratorios de 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.

No obstante, la normativa expuesta debe completarse con las interpretaciones jurisprudenciales. Así, el Tribunal Supremo ha venido declarando de forma constante y reiterada que los gastos producidos innecesariamente al contratista que ha de mantener la fianza por mayor tiempo del contractualmente establecido por causa imputable a la Administración, han de engrosar el concepto económico del «quantum» de la indemnización de daños y perjuicios exigibles por el contratista.

³ El interés legal del dinero para el 2012 es del 4%.

II.- EL PAGO EN LOS CONTRATOS.

1.- REQUISITOS PREVIOS: EL RECONOCIMIENTO DE OBLIGACIONES Y LA ORDENACIÓN DE PAGOS.

El abono del precio en los términos establecidos en la ley y en el contrato, constituye un derecho para el contratista (art. 216 TRLCSP).

Las condiciones de pago son uno de los contenidos mínimos del contrato (art. 26 1.f) TRLCSP) pero deberán establecerse según las previsiones del ordenamiento jurídico, sin que quepa regularse desde una posición dominante por parte del Ente Público contratante.

Antes de estudiar el proceso de pago en los Contratos Públicos, debemos repasar algunos aspectos de su fase previa (reconocimiento y liquidación de la obligación) desde un punto de vista económico.

La liquidación de la obligación, que normalmente es simultánea al reconocimiento, tiene por objeto cuantificar el importe exacto de la deuda que acepta el órgano competente de la Entidad Local como exigible, lo que requiere valorar el total o parcial cumplimiento de la obra o servicio, el plazo de ejecución, los posibles incumplimientos, los gastos a cargo del tercero, retrasos, indemnizaciones, sanciones, etc.

Corresponde al Presidente de la Entidad local el reconocimiento y liquidación de las obligaciones derivadas de compromisos de gasto legalmente adquiridos. Esta facultad puede desconcentrarse o delegarse en los términos establecidos en el artículo 23 de la LRBRL, que deberán recogerse en las Bases de Ejecución del Presupuesto (artículo 185.2 TRLRHL y artículo 60 RD 500/90).

Corresponderá al Pleno de la Entidad local el reconocimiento extrajudicial de créditos, siempre que no exista dotación presupuestaria (art. 60.2 RD 500/90) y la resolución de las discrepancias sobre los reparos suspensivos efectuados por el órgano interventor en materia de disposición de gastos, reconocimiento de obligaciones u ordenación de pagos cuando el reparo se base en la insuficiencia o inadecuación del crédito o se refiera obligaciones o gastos cuya aprobación sea de su competencia (artículo 217 TRLRHL). También corresponde al Pleno conocer las resoluciones adoptadas por el Presidente de la Entidad local contrarias a los reparos efectuados (artículo 218 TRLRHL).

El presupuesto debe contener el crédito necesario para el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la Entidad local en virtud de precepto legal o de cualquier otro título legítimo (artículo 170.2.b) TRLRHL), debe incluir los Estados y anexos necesarios para cuantificar adecuadamente sus gastos y entre la documentación preceptiva debe contar con «Un informe económico-financiero, en el que se expongan las bases utilizadas para la evaluación de los ingresos y de las operaciones de crédito previstas, la suficiencia de los créditos para atender el cumplimiento de las obligaciones exigibles y los gastos de funcionamiento de los servicios y, en consecuencia, la efectiva nivelación del presupuesto.» (Artículo 168.1.e TRLRHL).

«Los derechos liquidados y las obligaciones reconocidas se aplicarán a los presupuestos por su importe íntegro, quedando prohibido atender obligaciones mediante minoración de los derechos a liquidar o ya ingresados, salvo que la ley lo autorice de modo expreso. Se exceptúan de lo anterior las devoluciones de ingresos que se declaren indebidos

por tribunal o autoridad competente» (artículo 165.3 TRLRHL y artículo 11 del RD 500/1990).

El reconocimiento de obligaciones, o fase “O” desde un punto de vista presupuestario, consiste para la Intervención en verificar:

- Que los actos que han precedido a esta fase han sido intervenidos de conformidad.
- La existencia de crédito adecuado y suficiente.
- La competencia del órgano para reconocer la obligación.
- Si es el primer abono a cuenta se aporta copia de la constitución de la garantía definitiva y copia del contrato formalizado.
- Que el Servicio gestor presta la conformidad a la prestación recibida.
- Se acompaña certificación o acta de conformidad de la recepción del suministro o del servicio o trabajo realizado.

Toda Administración Local puede instaurar el sistema de facturación electrónica, a tenor del artículo 1 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas para el Impulso de la Sociedad de la Información, que establece la obligatoriedad del uso de la factura electrónica en el marco de la contratación con el sector público estatal en los términos que se precisen en el TRLCSP, definiendo el concepto legal de factura electrónica y apuntando actuaciones de complemento y profundización del uso de medios electrónicos en los procesos de contratación.

En esta materia, el Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación⁴, ya previó, en su artículo 17, la posibilidad de cumplir por medios electrónicos con la obligación de remitir las facturas o documentos sustitutivos, cuando se cumplieran estas dos condiciones:

- 1ª.- Que el destinatario haya dado su consentimiento de forma expresa.
- 2ª.- Que los medios electrónicos utilizados en la transmisión garanticen la autenticidad del origen y la integridad de su contenido, circunstancias que se acreditarán por alguna de las siguientes formas, entre las que estaba disponer de un sistema de firma electrónica avanzada.

La factura es el documento, con efectos fiscales, emitido por el acreedor derivado de una operación de compraventa o de una prestación de servicios o realización de obras y que expresa la obligación de pago del deudor.

No son facturas por tanto:

- a) El albarán que es el documento que acredita la recepción de un suministro.
- b) La factura proforma que no dimana una obligación de pago, sino un compromiso de adquisición, no tiene efectos fiscales y su práctica ha surgido en conceptos subvencionables o para solicitar previa financiación bancaria.
- c) Los documentos sustitutivos de las facturas (Arts. 4 y 7 del RD 1496/2003) como son los tiques pero que no pueden ser admitidos por la Administración ya que, en todo caso se deben emitir facturas, en aplicación del art. 2.2 letra f).

⁴ RD que se debe acudir para cualquier aspecto relacionado con la factura y el proceso de facturación.

Por otro lado los “documentos emitidos por los contratistas a efectos de justificar las prestaciones realizadas” son las relaciones valoradas de obras que emiten los contratistas, ya que las certificaciones de obras las emite la Administración.

Por tanto es necesario la acreditación documental ante el órgano que haya de reconocer las obligaciones de pago, de la realización de la prestación o el derecho del acreedor de conformidad con los acuerdos que en su día autorizaron y comprometieron el gasto, estos artículos del TRLHL se encuentran en perfecta concordancia con lo dispuesto en el art. 216 del TRLCSP «El contratista tendrá derecho al abono de la prestación realizada en los términos establecidos en esta Ley y en el contrato con arreglo al precio convenido», y el artículo 293 para los contratos de suministro «El adjudicatario tendrá derecho al abono del precio de los suministros efectivamente entregados y formalmente recibidos por la Administración con arreglo a las condiciones establecidas en el contrato».

La siguiente fase a considerar en el procedimiento de gestión del gasto es la «Ordenación del pago», que es definida en el artículo 61 del Real Decreto 500/90 como «el acto mediante el cual el ordenador de pagos, en base a una obligación reconocida y liquidada, expide la correspondiente orden de pago contra la Tesorería de la Entidad local» .

Se hace necesario distinguir, no obstante, entre la ordenación formal del pago y la realización material del mismo, siendo ambos actos objeto de intervención previa (artículo 214.2.b y c del TRLRHL) y siendo tan relevante esta actuación de control que se puede formular el reparo, en los supuestos del artículo 216.2 del TRLRHL que tiene efectos suspensivos y su realización puede dar lugar a responsabilidad (artículo 188 TRLRHL, artículo 177 de la Ley General Presupuestaria..)

Los órdenes de pago han de expedirse a favor del acreedor a cuyo favor se reconoce y liquida la obligación.

2.- PAGO APLAZADO

El pago aplazado de las obligaciones queda prohibido por el artículo 87 del TRLCSP, no así para el resto del Sector Público que cabe entender que sí los podría utilizar.

Está prohibido por tanto, posponer el Reconocimiento de la obligación y pago (artículos 87.7 , 216 y Disposición Adicional segunda, apartado 13 del TRLCSP), salvo cuando una ley lo autorice expresamente (p. ej.: arrendamiento financiero o contrato de obra con abono total del precio al final de la obra⁵), en los demás casos el plazo para el reconocimiento de la obligación y pago están limitados; porque el incumplimiento produce una situación de demora y puede generar la obligación de pagar los intereses correspondientes a la mora (artículo 216.4 del TRLCSP y artículo 5 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales). Estas previsiones legales deben valorarse adecuadamente en los pliegos de condiciones que utilice la Administración para contratar y en las normas internas de gestión administrativa con el fin de alcanzar la máxima seguridad jurídica posible.

⁵ A falta de desarrollo reglamentario esta modalidad no sería de aplicación a la administración local.

No obstante, las Entidades Locales están facultadas por la Disposición Adicional Segunda de la citada Ley para, en los contratos que tengan por objeto la adquisición de bienes inmuebles, aplazar el importe de su adquisición por un período de hasta cuatro años.

El art. 216.2 del TRLCSP permite que el pago se realice de manera total o parcial, mediante abonos a cuenta, y también el contratista tiene derecho a percibir en el contrato de obra, abonos a cuenta sobre su importe por las operaciones preparatorias realizadas como instalaciones y acopio de materiales o equipos de maquinaria pesada adscritos a la obra, en las condiciones de los respectivos pliegos de cláusulas administrativas particulares y conforme al régimen y los límites que se establezcan reglamentariamente, debiéndose asegurar los referidos pagos mediante garantía y en el caso de contratos de tracto sucesivo, mediante pago en cada uno de los vencimientos que se hubiesen estipulado.

Por tanto se presume pues que la Administración puede proceder al pago de sus obligaciones por medio de dos sistemas: el abono total a la finalización del objeto del contrato de forma satisfactoria; el abono de parte del precio a medida que se vayan cumpliendo los plazos parciales de ejecución.

El artículo 304 TRLCSP prevé el pago parcial anticipado para los contratos que tengan por objeto la prestación de actividades docentes en centros del sector público, previa constitución de garantía, sin que pueda autorizarse su cesión.

Otro supuesto de excepción importante es el regulado en la Disposición Adicional novena, que establece normas especiales para la contratación del acceso a base de datos y la suscripción a publicaciones, y prevé el pago con anterioridad a la entrega o realización de la prestación, siempre que ello responda a los usos habituales del mercado.

Distinta es la previsión del art. 232.1 del TRLCSP que establece el régimen de las «Certificaciones y abonos a cuenta para los contratos de obra, en los que la Administración expedirá mensualmente, en los primeros diez días siguientes al mes al que correspondan, certificaciones que comprendan» la obra ejecutada durante dicho período de tiempo, salvo prevención en contrario en el pliego de cláusulas administrativas particulares, cuyos abonos tienen el concepto de pagos a cuenta sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final y, sin suponer en forma alguna, aprobación y recepción de las obras que comprendan». En este caso estaríamos ante un pago a cuenta de la liquidación final de la obra, sin más garantías adicionales a la fianza definitiva depositada, sería un pago parcial por lo ejecutado.

3.- PRINCIPALES MODIFICACIONES DE 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.

Analizaremos cada uno de estas modificaciones sustanciales:

3.1.- La fecha de pago

El artículo tercero de la Ley 15/2010 ha supuesto un nuevo artículo 217 del TRLCSP (*Procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones Públicas*), que pasa a tener la siguiente redacción:

«La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de expedición de las certificaciones de obras o de los

correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato,... y si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días, los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro.... Cuando no proceda la expedición de certificación de obra y la fecha de recibo de factura... sea anterior a la recepción de las mercancías o prestación de los servicios, el plazo de treinta días se contará desde dicha fecha de recepción o prestación. »

Dicho plazo de pago tan perentorio de 30 días se ha visto ampliado por el artículo 3.3 de la Ley 15/2010, que introduce una nueva Disposición transitoria sexta del TRLCSP, con la siguiente redacción:

“Disposición transitoria sexta. Plazos a los que se refiere el artículo 216 de la Ley.

El plazo de treinta días a que se refiere el apartado 4 del artículo 200 de esta Ley... se aplicará a partir del 1 de enero de 2013.

Desde la entrada en vigor de esta disposición y el 31 de diciembre de 2010 el plazo en el que las Administraciones tienen la obligación de abonar el precio de las obligaciones a las que se refiere el apartado 4 del artículo 216 será dentro de los cincuenta y cinco días...

Entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2011, el plazo en el que las Administraciones tienen la obligación de abonar el precio de las obligaciones a las que se refiere el apartado 4 del artículo 200 será dentro de los cincuenta días...

Entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, el plazo en el que las Administraciones tienen la obligación de abonar el precio de las obligaciones a las que se refiere el apartado 4 del artículo 200 será dentro de los cuarenta.

Por tanto en la situación actual: entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, el plazo en el que las Administraciones tienen la obligación de abonar el precio de las obligaciones a las que se refiere el apartado 4 del artículo 216 será dentro de los cuarenta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obra o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato. »

Transcurrido el plazo a que se refiere el artículo 216.4 del TRLCSP, 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.

El órgano judicial adoptará la medida cautelar, salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible, en cuyo caso la medida cautelar se limitará a esta última.

La sentencia condenará en costas a la Administración demandada en el caso de estimación total de la pretensión de cobro (art. 217 del TRLCSP, añadido por el art. tercero de la Ley 15/2010 citada).

Por ello también se recoge en el propio texto legal la obligación del pago de intereses de demora a partir del transcurso del plazo y, además, la indemnización por los costes de cobro.

La regulación de los intereses de demora viene recogida en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, devengándose éstos por el mero incumplimiento del pago en los plazos establecidos, siendo éstos automáticos y sin necesidad de aviso de vencimiento, ni intimación alguna por parte del acreedor (art. 5 Ley 3/2004).

El Ministerio de Economía y Hacienda publicará semestralmente en el «Boletín Oficial del Estado» el tipo de interés resultante por la aplicación de la norma contenida en el apartado anterior (art. 7 Ley 3/2004).

Por resolución de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, se establece que el tipo legal de interés de demora computados por días naturales, es decir, 365 días «...el divisor debe atenerse al criterio de que los intereses, al ser frutos civiles, se perciben día por día y por tanto someterse al cómputo de los naturales, en el sentido de aplicar a la fórmula matemática para el cálculo de los intereses el divisor 365», este tipo para el primer semestre natural del 2012, es el 8,00 por 100.

3.2.- Informe de la Tesorería.

El artículo cuarto de la misma, en sus apartados 3 y 4, establece:

“3.- Los Tesoreros, o, en su defecto, Interventores de las Corporaciones locales, elaborarán trimestralmente un informe sobre el cumplimiento de los plazos previstos en esta Ley para el pago de las obligaciones de cada Entidad local, que incluirá necesariamente el número y cuantía global de las obligaciones pendientes en las que se esté incumpliendo el plazo.

4.- Sin perjuicio de su posible presentación y debate en el Pleno de la Corporación local, dicho informe deberá remitirse, en todo caso, a los órganos competentes del Ministerio de Economía y Hacienda y, en su respectivo ámbito territorial, a los de las Comunidades Autónomas que, con arreglo a sus respectivos Estatutos de Autonomía, tengan atribuida la tutela financiera de las Entidades locales...”

3.3.- Registro de facturas

*Artículo 5. Registro de facturas en las Administraciones locales.

1. La Entidad local dispondrá de un registro de todas las facturas y demás documentos emitidos por los contratistas a efectos de justificar las prestaciones realizadas por los mismos, cuya gestión corresponderá a la Intervención u órgano de la Entidad local que tenga atribuida la función de contabilidad.
2. Cualquier factura o documento justificativo emitido por los contratistas a cargo de la Entidad local, deberá ser objeto de anotación en el registro indicado en el apartado anterior con carácter previo a su remisión al órgano responsable de la obligación económica”.

El artículo 9.2 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril (Reglamento Presupuestario) establece las distintas materias que se pueden desarrollar en las Bases de Ejecución entre las que encontramos: Documentos y requisitos que de acuerdo con el tipo de gasto, justifiquen el reconocimiento de obligaciones.

Para los contratos menores se prevé expresamente en el artículo 72 del RGLCAP el contenido de las facturas (como documento contractual) y se puede hacer extensivo al resto de los contratos si así se establece en el pliego, contrato o en las Bases de Ejecución del Presupuesto:

- a) Número de la factura y serie.
- b) Nombre y apellido o denominación social, número de identificación fiscal y domicilio del expedidor.
- c) Identificación del órgano que celebra el contrato, con identificación de su dirección y del número de identificación fiscal.
- d) Descripción suficiente de la obra o suministro realizado o del servicio prestado, con expresión del servicio (Centro Gestor) a que vaya destinado.
- e) Precio del contrato.
- f) Lugar y fecha de su emisión.
- g) Firma del funcionario que acredite la recepción.

3.4.- Requerimientos al Organos Gestor.

El artículo quinto de la Ley 15/2010, en su apartado 3, establece:

“Transcurrido un mes desde la anotación en el registro de la factura o documento justificativo sin que el centro gestor haya procedido a tramitar el oportuno expediente de reconocimiento de la obligación, derivado de la aprobación de la respectiva certificación de obra o acto administrativo de conformidad con la prestación realizada, la Intervención o el órgano de la Entidad Local que tenga atribuida la función de contabilidad requerirá a dicho órgano gestor para que justifique por escrito la falta de tramitación de dicho expediente.”

Para el cumplimiento de esta normativa el Ministerio de Hacienda a elaborado una GUIA, “Guía para la elaboración de los Informes trimestrales que las entidades locales han de remitir al Ministerio de Economía y Hacienda, en cumplimiento del artículo cuarto de 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”.

Trimestralmente el Tesorero debe remitir cuatro anexos que regulan dicha guía al Ministerio de Hacienda.

4.- MEDIOS DE PAGO.

El artículo 198 TRLRHL establece los instrumentos de ingreso y pago admisibles, habiéndose abierto en consonancia con lo ya establecido en la Ley General Presupuestaria a cualquier sistema bancario o no bancario, que se establezca, si bien nuestro criterio es que para establecer medios de pago, no

expresamente regulados en dicho artículo, es necesario una habilitación reglamentaria interna o en las Bases de Ejecución.

La regla general es el pago por los medios del art.198 TRLRHL, pero cabe como excepción el pago en otros bienes, como establece el artículo 294 TRLCSP en los contratos de suministro, cuando razones técnicas o económicas debidamente justificadas en el expediente lo aconsejen, estableciéndose en el pliego de cláusulas administrativas particulares que el pago del precio total de los bienes a suministrar consista parte en dinero y parte en la entrega de otros bienes de la misma clase, sin que, en ningún caso, el importe de éstos pueda superar el 50 por ciento del precio total.

Esto, obviamente, afecta al tratamiento presupuestario y contable del gasto, así sólo se comprometerá el gasto correspondiente a la parte que se abona en dinero, y por el resto procederá la baja en inventario, sin que sea de aplicación lo dispuesto en la normativa de contabilidad pública respecto de la aplicación íntegra de las obligaciones al presupuesto (art. 165.3 TRLRHL y 27.4 LGP).

5.- TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DE COBRO

El art. 218 del TRLCSP reconoce la posibilidad de transmitir los derechos de cobro que los contratistas tengan frente a la Administración, siendo requisito indispensable la notificación fehaciente a la Administración del acuerdo de cesión, debiendo expedir el mandamiento de pago a favor del cesionario. En caso de no existir la correspondiente notificación, el pago se realizará al contratista o al cedente (en caso de posteriores cesiones) teniendo carácter liberatorio para la Administración.

Dicho lo anterior, debe señalarse que en la esfera de las relaciones entre cedente (contratista) y cesionario, la validez del negocio jurídico de cesión, supuesta la concurrencia de los requisitos que enumera el artículo 1.261 CC (consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca), no precisa del consentimiento del deudor. Por tanto la eficacia de la transmisión no requiere, en absoluto que esta efectúe un acto de aceptación de la cesión convenida entre el contratista y el cesionario.

En el caso de embargo de la certificación, si es con posterioridad a su cesión, el cesionario podrá ejercitar una tercería de dominio para obtener el alzamiento del embargo. Lo que no puede hacer el cesionario es intentar hacer valer su derecho ante la propia Administración, solicitando que le abone el importe de la certificación embargada (STS de 17 de junio de 1988).

6.- EMBARGO DE LOS ABONOS A CUENTA

El art. 216.7 del TRLCSP establece que los abonos a cuenta sólo podrán embargarse en los siguientes supuestos:

- a) Para el pago de los salarios devengados por el personal del contratista en la ejecución del contrato y de las cuotas sociales derivadas de los mismos.
- b) Para el pago de las obligaciones contraídas por el contratista con los subcontratistas y suministradores referidos a la ejecución del contrato.

Este artículo no ofrece ningún cambio con respecto a la legislación anterior y obedece al interés de la Administración en que el contrato se cumpla, independientemente de la situación financiera del contratista.

III. BIBLIOGRAFIA

- CARBONERO GALLARDO, José Miguel. "Las garantías en la contratación administrativa", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 298/2009, pp. 35-42.
- CEA ALAYA, Ángel. "Algunas notas sobre los contratos de servicios", *Actualidad administrativa*, núm. 22/2009, pp. 2647-2662.
- COLAS TENAS, Jesús. "La contratación en las entidades locales tras la Ley de contratos del sector público: aspectos prácticos e informes de las Juntas Consultivas", *Cuadernos de derecho local*, núm. 21/2009, pp. 40-53.
- MARCOS FERNÁNDEZ, Ana de. "Contratación local", *Anuario de derecho municipal*, núm. 1/2007, pp. 199-222.
- MARTÍNEZ PALLARÉS, Pedro Luis. "La LCSP y la Administración Local", *Cuadernos de Derecho Local*, NÚM. 17/2008, pp. 70-89.
- MOZO AMÓS, Jesús. "La aplicación de la ley de contratos del sector público a las Administraciones Locales. Una primera aproximación", *Revista de Estudios locales*, núm. 106/2008, pp. 22-37.