Fiscalización Local

ISSN 2659-3572

Un blog sobre administración local

¿Están sujetos los avales a la LCSP? #LCSP

Publicado el 4 de abril de 2022

ENLACE PERMANENTE DE ESTA ENTRADA

https://www.fiscalizacionlocal.es/avales-y-lcsp/

¿Están sujetos los avales a la LCSP?

Autor: María Teresa Sanahuja Esbrí, interventora del Ayuntamiento de Peñíscola y Óscar J. Moreno Ayza, interventor del Ayuntamiento de Vinaròs – Abril 2022

Aunque no suele ser usual en ocasiones nos encontramos con que otra administración (incluso de carácter institucional) solicita a un ayuntamiento que garantice una determinada prestación (por ejemplo una subvención) mediante la aportación de un aval.

Como ya es sabido esta práctica conculca el art. 173.2 del TRLHL

Artículo 173.2 TRLHL

Exigibilidad de las obligaciones, prerrogativas y limitación de los compromisos de gasto.
2. Los tribunales, jueces y autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes de la hacienda local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las entidades locales, excepto cuando se trate de bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público.

Este abuso, cuando ha llegado a los tribunales, ha sido ratificado por sentencias como la del TSJ de Asturias 494/1997 de 14 de mayo de 1997, sección segunda y ponente D. Antonio Romero Peña, que no hemos podido referenciar en el CENDOJ pero cuyo contenido nos han facilitado los amigos Javier Seonane (@abotgado_es) y Leopoldo Gandarias (@leogandarias), en cuyo fundamento 3º, respecto al criterio seguido por el Principado de Asturias para requerir el aval señala:

«Se está empleando un criterio riguroso que encierra en el fondo un injustificado recelo por no decir desconfianza hacia el destino último que la entidad local pudiera dar finalmente a la subvención concedida, cuando es obvio, según mandato expreso contenido en el artículo 40.1 de la ley 39/88, de las haciendas locales, que no podrá ser aplicada a atenciones distintas de aquellas para las que fue

otorgada, y se está obviando también que el apartado 2 del mencionado artículo ya prevé la contingencia de que un posible incumplimiento de dicha obligación, facultando a las entidades públicas otorgantes de las subvenciones que puedan verificar el destino de las mismas, de tal forma que si tras las actuaciones de verificación resultase que las subvenciones no fueron destinadas a los fines para los que se hubieran concedido, la Entidad pública otorgante exigirá el reintegro de su importe o podrá compensarlo con otras subvenciones o transferencias a que tuviese derecho la entidad afectada, con independencia de las responsabilidades a que haya lugar. Es por ello que resulta de aplicación al caso el precepto invocado en apoyo de su tesis, en cuanto que el artículo 154.2 (hoy 173.2 TRLHL) de la Ley 39/88 impide a las autoridades administrativas, entre otras, exigir fianzas, depósitos y cauciones a las entidades locales… pues respecto a las entidades locales no se hacía preciso regulación específica al venir regulada la materia expresamente por los artículos reseñados de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, de preferente aplicación en todo caso, dado su superior rango normativo» .

A pesar de esto, en alguna ocasión, hemos tenido que acudir a suscribir un aval bancario, recuerdo el caso de avalar a un policía en un tema penal hace muchos años o para la suspensión de una sentencia. La cuestión que planteamos hoy es ¿Cómo se tramita la contratación de los avales exigidos al ayuntamiento?

Sobre esta cuestión se pronunció la JCCA de Cataluña en el informe 5/2020 referente a «*si la contratación de un aval bancario está excluida del ámbito de aplicación objetivo de la Ley 9/2017*» es decir «*si un contrato de aval bancario se puede considerar comprendido en aquellos negocios y contratos de carácter financiero, cuya contratación no queda sujeta a la normativa de contratación establecida en la LCSP.*«

Señala la JCCA de Cataluña que «*para dar respuesta a la cuestión planteada, y a la vista de los contratos financieros mencionados en este precepto, hay que analizar si los avales bancarios se pueden subsumir en alguna de las categorías de "servicios financieros" cuya contratación la LCSP excluye de su ámbito de aplicación.*» y como a priori de la lectura del art. 10 LCSP no se llega a ninguna conclusión, pasa a analizar la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014 [1], relativa a los mercados de instrumentos financieros, porque a esa directiva se remite el art. 10 de la LCSP (ya que ésta sustituye a la 2004/39/UE a la que refiere el artículo)

Así pues el anexo I sección C recoge como «instrumentos financieros» y por tanto excluidos de la LCSP:

1. Valores negociables.
2. Instrumentos del mercado monetario.
3. Participaciones y acciones en instituciones de inversión colectiva.
4. Contratos de opciones, futuros, permutas (swaps), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, derechos de emisión u otros instrumentos derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo.
5. Contratos de opciones, futuros, permutas (swaps), contratos a plazo y otros contratos de derivados relacionados con materias primas que deban liquidarse en efectivo o que puedan liquidarse en efectivo a elección de una de las partes por motivos distintos al incumplimiento o a otro suceso que lleve a la

rescisión del contrato.

6. Contratos de opciones, futuros, permutas (swaps) y otros contratos de derivados relacionados con materias primas que puedan ser liquidados mediante entrega física, siempre que se negocien en un mercado regulado o un SMN o un SOC, excepto por lo que respecta a los productos energéticos al por mayor que se negocien en un SOC y deban liquidarse mediante entrega física.
7. Contratos de opciones, futuros, permutas (swaps) acuerdos a plazo y otros contratos de derivados relacionados con materias primas que puedan ser liquidados mediante entrega física no mencionados en el punto 6 de la presente sección y no destinados a fines comerciales, que presenten las características de otros instrumentos financieros derivados.
8. Instrumentos derivados para la transferencia del riesgo de crédito.
9. Contratos financieros por diferencias.
10. Contratos de opciones, futuros, permutas (swaps), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados relacionados con variables climáticas, gastos de transporte o tipos de inflación u otras estadísticas económicas oficiales, que deban liquidarse en efectivo o que puedan liquidarse en efectivo a elección de una de las partes por motivos distintos al incumplimiento o a otro suceso que lleve a la rescisión del contrato, así como cualquier otro contrato derivado relacionado con activos, derechos, obligaciones, índices y medidas no mencionados en la presente sección C, que presentan las características de otros instrumentos financieros derivados, teniendo en cuenta, entre otras cosas, si se negocian en un mercado regulado, SOC o SMN.
11. Derechos de emisión consistentes en unidades reconocidas a los efectos de la conformidad con los requisitos de la Directiva 2003/87/CE (Régimen de comercio de derechos de emisión).

Tal y como señala el informe de entre los productos y servicios del ámbito financiero que se pueden considerar incluidos en la definición del concepto a efectos de la Directiva, no se menciona expresamente el aval bancario y por tanto no parece que se deba entender incluido en ninguna de las categorías enumeradas. A idéntica conclusión se llega del análisis de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, de la que trae causa la propia LCSP, pues tanto en los arts, 5 y 10 sigue el mismo esquema que la LCSP, referente a la exclusión de servicios financieros.

«En definitiva, de las previsiones analizadas se desprende que la contratación de un aval bancario no está específicamente excluida del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública, de conformidad con la LCSP y con la Directiva 2014/24/UE, ni el aval bancario se incluye expresamente en ninguna de las tipologías de servicios financieros que la Directiva 2014/65/UE enumera para establecer el concepto de instrumento financiero a sus efectos –y, por remisión de la normativa de contratación pública, al efecto también de la determinación de su sujeción a dicha normativa.»

Quedando clara, a juicio de la JCCA de Cat. la sujeción del aval a la LCSP, establece unas notas sobre su régimen jurídico:

En primer lugar, que de acuerdo con el artículo 17 de la LCSP, hay que calificar estos contratos como contratos típicos de servicios.

En segundo lugar, que su régimen jurídico dependerá de la tipología de entidad que lo suscriba, de conformidad con el artículo 3 de la LCSP:

- **Si es un PANAP** los contratos tendrán la naturaleza de privados y su régimen jurídico será el fijado en el art. 26.3 LCSP, esto significa que, la preparación y la adjudicación estará sometida a las reglas recogidas al Título I, Libro Tercero de la LCSP –que regula los contratos de otros entes del sector público–, y sus efectos y extinción se sujetarán a las normas de derecho privado, así como a las normas establecidas en el primer párrafo del artículo 319 de la LCSP en materia de obligaciones medioambientales, sociales, laborales, condiciones especiales de ejecución, modificación del contrato y condiciones de pago.
- **Si es una administración pública** de acuerdo con el artículo 25 de la LCSP, tendrán la consideración de privados, en la medida en que tienen esta naturaleza los contratos de las Administraciones Públicas que tengan por objeto servicios financieros con determinados números de referencia CPV, entre otros el CPV 66110000- 4, correspondiente a los servicios bancarios, entre los que parece que se puede entender incluido el contrato de aval. Sin embargo, su régimen jurídico será el establecido en el apartado 2 del artículo 26, esto significa que, la preparación y la adjudicación estará sometida –si no hay normas específicas en atención al objeto del contrato– a las secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la LCSP, así como sus disposiciones de desarrollo, siendo de aplicación supletoria el resto de normas de derecho administrativo o de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante; y sus efectos, modificación y extinción se regirán a las normas de derecho privado.

Nada que decir sobre la argumentación llevada a cabo por la Junta Consultiva, pero tan sólo indicar que cuando la exigencia de aval viene dada en el marco de un procedimiento judicial, con multa coercitiva de por medio, y con poco tiempo para presentar dicha garantía, a veces a la hora de cumplir hay que optar por la solución menos mala…

Enlaces citados

Direcciones de los enlaces incluidos en el texto.

[1] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0065&from=ES

ENTRADA ORIGINAL

https://www.fiscalizacionlocal.es/avales-y-lcsp/

Fiscalización Local · ISSN 2659-3572