

**LA FUNCIONALIDAD DE LA GARANTÍA DEFINITIVA TRAS LA
DESAPARICIÓN DE LA PREVISIÓN LEGAL DE INCAUTACIÓN AUTOMÁTICA.**

La transformación operada en los últimos años en materia de garantías de la contratación puede plantear dudas acerca de la operatividad de mecanismos que tradicionalmente se han venido reconociendo como propios y típicos de la contratación pública: así, la penalización de la retirada de una oferta mediante la incautación de la garantía provisional, o la incautación o pérdida de la garantía en la resolución de los contratos por incumplimiento culpable del contratista, son automatismos que la legislación actualmente vigente no contempla, o al menos no en la forma en la que se construyó doctrinalmente la figura de las garantías en la contratación.

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.

La garantía provisional (que responde de la seriedad de las ofertas), y su distinción de la garantía definitiva (que responde del correcto cumplimiento de los contratos), es tradicional en nuestro ordenamiento jurídico ya desde la Ley 198/1963, de 28 de diciembre de Bases de Contratos del Estado¹ – base XVII -, y así se ha mantenido hasta el actualmente vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L.P.

¹ Así lo recogió expresamente el artículo 112 de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 y el artículo 346 del Reglamento General de Contratación de 25 de noviembre de 1975; y posteriormente los artículos 36 y siguientes de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP).

En efecto, en la antigua doctrina del Consejo de Estado, en cuyo seno se esbozó la primera ley de contratos públicos en España, la garantía provisional y la definitiva respondían a una distinción conceptual que hoy ha variado. Así, mientras la garantía provisional operaba como unas arras penitenciales (artículo 1.454 Código Civil), la garantía definitiva tenía por fin asegurar el buen cumplimiento del contrato, respaldándolo como una cláusula penal (1.152 a 1.155 del Código Civil).

Sin embargo, la esencia de tales figuras y su régimen jurídico ha variado en los últimos años. La obligatoria constitución de garantía provisional en todos los procesos competitivos en los que la adjudicación se articulara mediante subasta o concurso², contenida en la Ley 13/1995, de 18 de mayo³ de Contratos de las Administraciones Públicas, se ha ido atemperando, de tal modo que la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la 13/1995, , limitó tal exigencia y redujo su carácter obligatorio a aquellos contratos cuya cuantía excediera de las señaladas por la norma, las cuales coincidían a su vez con los límites cuantitativos para la publicación en el DOCE.

Este criterio, mantenido en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP), se volvió a flexibilizar en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en tanto que la misma excluyó el carácter obligatorio de la garantía provisional en todos los contratos, tanto con Administraciones Públicas (artículo 91 LCSP) como con cualquier otra entidad el Sector Público (artículo 92 LCSP), consagrando su carácter potestativo para el órgano de contratación. Así las cosas, la previsión de la exigencia o no de la garantía provisional corresponde al órgano de contratación mediante el diseño de los pliegos.

Este criterio se mantiene en el artículo 103.1 TRLCSP cuando establece que *"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 provisional, la garantía responderá también del cumplimiento de las obligaciones que le impone el segundo párrafo del artículo 151.2"* (antes 134.5 LCSP).

² Esta obligación podía excepcionarse por los órganos de contratación, mediante dispensa en el pliego de cláusulas particulares y respecto de procesos de adjudicación dirigidos a empresas clasificadas.

³ En los procedimientos negociados, la exigencia de constituir o no una garantía provisional quedaba supeditada a lo que el órgano determinara en el correspondiente pliego.

El principio tradicional conforme al cual se exigía la constitución obligatoria de la garantía provisional resulta superado por la regla de la no exigencia, que no obstante puede excepcionarse considerando *"las circunstancias concurrentes en cada contrato"*.

Por lo que hace a la **garantía definitiva**, ésta ha sido también objeto de una evolución caracterizada por la atemperación de su exigencia y el alejamiento de su configuración originaria.

El TRLCAP establecía (artículo 36.1) que los adjudicatarios de los contratos administrativos estaban obligados a constituir una garantía definitiva del 4% del importe de adjudicación, mientras que el artículo 113.4 TRLCAP disponía que *"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"*.

Frente a este criterio, el artículo 83.1 de la LCSP estableció originalmente que *"Los que resulten adjudicatarios provisionales 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. (...)"*

No obstante, atendidas las circunstancias concurrentes en el contrato, el órgano de contratación podrá eximir al adjudicatario de la obligación de constituir garantía, justificándolo adecuadamente en los pliegos, especialmente en el caso de suministros de bienes consumibles cuya entrega y recepción deba efectuarse antes del pago del precio. Esta exención no será posible en el caso de contratos de obras y de concesión de obras públicas".

El artículo 208.4 LCSP preveía, para los supuestos de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, que *"la indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada"*.

Estos preceptos – 83 y 208 – fueron modificados por el Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de abril y por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, respectivamente, si bien se mantuvo, en esencia, su redacción⁴.

Finalmente, el TRLCSP ha mantenido el mismo criterio establecido por la LCSP tanto en materia de garantías definitivas (que ahora regula el artículo 95 TRLCSP – y se corresponde con el artículo 83 LCSP –) como en relación con las consecuencias de la extinción de los contratos por incumplimiento culpable del contratista (artículo 225.3 TRLCSP – que se corresponde con el artículo 208.3 LCSP –), es decir:

⁴ El 208.4 LCSP fue después el 208.3 LCSP.

- la constitución de la garantía definitiva del 5% del importe de adjudicación por quien presente la oferta económicamente más ventajosa, como regla general, y
- la obligación de indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en caso de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista.

Empero, la previsión expresa en el apartado 3 del artículo 225 TRLCSP de que *"la indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada"* o lo que es lo mismo, la desaparición, de una referencia expresa a la **incautación automática** de la fianza, ¿a qué responde?

Podría entenderse que ha desaparecido el carácter de cláusula penal inherente a la funcionalidad de la garantía definitiva, de tal modo que, superada tal configuración, carece de sentido mantener la previsión legal de su incautación automática.

Ahora bien, que el TRLCSP no prevea la incautación *automática* de la garantía definitiva como un efecto asociado *ex re* a la resolución contractual por incumplimiento del contratista no significa que ésta no pueda tener lugar. Lo que resulta del artículo 208.3 LCSP – ahora 225.3 TRLCSP – y que, en definitiva, queda como regulación jurídica actual es que **la incautación de la garantía no será automática** (como era antes) **en caso de incumplimiento culpable** del contratista sino que sólo podrá ser incautada automáticamente cuando o bien así **lo prevea el correspondiente pliego o bien lo señale expresamente la Ley**.

En este último caso podemos ver los supuestos de los artículos 225.4 TRLCSP in fine (pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando hubiere sido calificado como culpable), 271 TRLCSP (incautación de la fianza y obligación *"además"*, dice, de indemnizar en lo que exceda de la misma caso de que la concesión de obra pública se resuelva por causa imputable al concesionario) y 310.3 TRLCSP (incautación de la garantía en el contrato de servicios consistente en la redacción de un proyecto de obra que resulte viciado, debiendo además indemnizar un 25 % del contrato).

En efecto, como ha señalado el Consejo de Estado⁵, pese a que el artículo 208.3 LCSP – 208.3 en la versión original de la LCSP y 225.3 TRLCSP – haya suprimido de su texto la incautación de la fianza, el artículo 88.c de la misma LCSP – ahora artículo 100.c TRLCSP -, relativo a las responsabilidades a que están afectas las garantías, dispone que la garantía responderá *"de la incautación que*

⁵ Dictamen 652/2012, de 28 de junio de 2012, en el que se citan los dictámenes 418/2012 y 519/2012.

**GRUPO DE CONTRATOS
DEL SECTOR PÚBLICO N° 37**

pueda decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido”.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. esta integrado por Juan Santamaría Pastor, Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Alejandro Hernández del Castillo y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma jlpalma@gomezacebo-pombo.com o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel: 915 829 415)