

# De nuevo sobre la incautación de la garantía ante el incumplimiento culpable: la sentencia 3092/2019 del tribunal supremo

## Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.

---

El carácter – o no - automático de la incautación de la *garantía* en caso de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista ha sido un tema harto debatido en la doctrina y la jurisprudencia desde la modificación operada en la legislación de contratos en 2010. El Tribunal Supremo ha venido a arrojar luz acerca de la interpretación que debe darse al artículo 208 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Como es sabido, la “garantía” es una figura tradicional de la contratación pública que opera con una finalidad de salvaguarda de los intereses públicos que se articulan a través de la contratación que lleva a cabo la Administración. En la configuración “clásica”<sup>1</sup>, la garantía provisional se configuraba como una herramienta que respondía de la seriedad de las ofertas presentadas por los candidatos en un procedimiento de licitación mientras que la **garantía definitiva**, tenía la virtualidad de una **cláusula penal** en la medida en la que, ante un incumplimiento culpable del contratista, operaba una incautación automática de la misma.

---

<sup>1</sup> La garantía provisional operaba como unas arras penitenciales (artículo 1.454 Código Civil) mientras que 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).

# G A \_ P

Sin embargo, tras la reforma de 2010<sup>2</sup>, la regulación de la **garantía definitiva** ha planteado dudas en su aplicación, siendo objeto de distintas interpretaciones, sin que existiera unanimidad acerca del sentido que debía darse a las novedades operadas en la literalidad del precepto que regulaba tal figura<sup>3</sup>.

La reciente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, vuelve a la regulación anterior en la medida en la que su artículo 213.3 dispone 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”*. Esta nueva regulación zanja muchos debates sobre la operatividad de la garantía definitiva cuando se esté ante un incumplimiento culpable del contratista. Sin embargo, sigue vigente el conflicto interpretativo respecto de todos aquellos contratos celebrados desde la entrada en vigor de la Ley 34/2010 y hasta la aplicación de la Ley 9/2017.

La problemática deriva de las distintas interpretaciones que se han dado del artículo 208 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público - y después del artículo 225 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 4 de noviembre<sup>4</sup>, - y sobre la que se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su Sentencia 3092/2019, de 30 de septiembre de 2019.

Planteamiento de la cuestión que dio lugar a la STS 3092/2019:

El 9 de abril de 2013, el Director Gerente del Hospital Universitario SC, acordó la resolución del contrato formalizado en el expediente nºXY, por incumplimiento culpable del contratista (BG), con incautación de la garantía definitiva constituida (el certificado individual de seguro emitido MCC). Recurrido en reposición, y desestimado mediante resolución de 12 de junio de 2013, la representación de la entidad mercantil MCC (avalista) interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución desestimatoria.

---

<sup>2</sup> La Ley 34/2010, de 5 de agosto, modificó el artículo 208.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, dándole la siguiente redacción: *“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. 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”*.

<sup>3</sup> Son varios los artículos del GCSP que se han pronunciado acerca de esta problemática, entre otros, el número 37, relativo a la *“funcionalidad de la garantía tras la desaparición de su incautación automática”* y el número 75, concerniente a *“la incautación de la garantía en los procedimientos de resolución de los contratos por incumplimiento culpable del contratista y el criterio del nuevo anteproyecto de ley del sector público: vuelta a la función punitiva de la fianza”*.

<sup>4</sup> La dicción literal del precepto entre 2010 y 2018 no prevía la incautación de la garantía definitiva como un efecto asociado automáticamente a la resolución contractual por incumplimiento del contratista, si bien, como ya se señaló en el GCSP números 37 y 75, el hecho de que el TRLCSP no previera la incautación automática de la garantía definitiva como un efecto asociado *ex re* a la resolución contractual por incumplimiento del contratista no significaba que ésta no pudiera tener lugar. Se advertía ya entonces que lo que resulta del artículo 208.3 LCSP – luego 225.3 TRLCSP – 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 (como ocurre por ejemplo en los supuestos de los artículos 225.4 TRLCSP *in fine*, 271 TRLCSP y 310.3 TRLCSP).

El 9 de diciembre de 2015, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 13 de Sevilla desestimó el recurso contencioso-administrativo deducido por aquella mercantil contra la resolución del Director Gerente del Hospital Universitario SC, de fecha 12 de junio de 2013, sentencia desestimatoria la del Juzgado que fue objeto de recurso de apelación, también desestimado por la sentencia dictada por la Sección primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede de Sevilla- de 17 de febrero de 2017.

Deducido recurso de casación por la representación de la entidad mercantil MCC contra la sentencia dictada por la Sección primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía - de 17 de febrero de 2017, y admitido a trámite, sostiene la recurrente que la sentencia dictada por la Sala *a quo* ha infringido el artículo 208, apartados 3 y 4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público manteniendo una interpretación contradictoria respecto a lo dicho por el TSJ de Madrid, 21 de enero de 2016, 16 de octubre de 2015.

Argumenta que, si bien con anterioridad a esta norma era posible mantener la procedencia de la incautación automática de la garantía definitiva, tras su entrada en vigor, en virtud de lo dispuesto en el apartado cuarto del artículo 208, **no es posible mantener dicha interpretación**. Defiende que la interpretación correcta del precepto implica que en los supuestos en los que se acuerde la **resolución del contrato administrativo por incumplimiento culpable del contratista procede la retención de la garantía definitiva** hasta que se determine, mediante el oportuno procedimiento contradictorio, el importe concreto de los daños y perjuicios que el incumplimiento del contratista haya podido causar, en su caso, a la Administración. Arguye que así lo ha dicho el Consejo de Estado, dictamen 255/16 de 12 de mayo de 2016 y el consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en su dictamen 25 de septiembre de 2013, 410/2013. Afirma que la interpretación realizada por la sentencia recurrida podría suponer el enriquecimiento injusto de la Administración beneficiaria de la garantía definitiva, que requiere al garante el importe total de la misma cuando los daños y perjuicios resarcibles con cargo a la garantía son inferiores o incluso inexistentes.

Por ello pide fijar la interpretación del artículo 208, apartados 3 y 4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre<sup>5</sup> (y de los apartados 3 y 4 del artículo 225 del 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<sup>6</sup>) en

---

<sup>5</sup> Art. 208, 3 y 4 Ley 30/2007, vigente en la fecha de celebración del contrato, dispone que “el incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinara para aquella, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista. 4. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. 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 de la garantía incautada”.

<sup>6</sup> Art. 225, 3 y 4 Real Decreto Legislativo 3/2011, vigente al tiempo de resolverse el contrato. “2. El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquélla, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista. 3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. 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. 4. 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 que, en su caso, hubiese sido constituida. Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable”.

el sentido de que no autoriza a la Administración a la incautación automática de la garantía en caso de resolución del contrato por incumplimiento del contratista, sino que es necesario que, con carácter previo a la incautación, se valoren los daños y perjuicios ocasionados a la Administración. Añade que, dentro de los términos del debate, se declare: a) La improcedencia de la incautación de la garantía definitiva constituida ante la falta de valoración por la Administración de los daños y perjuicios que, en su caso, se le hayan podido ocasionar. b) La procedencia de la devolución de la cantidad de 410.105,43 € que satisfizo el 10 de julio de 2014, incrementadas con los intereses legales correspondientes desde la fecha de su ingreso (10.07.2014) hasta el día en que se efectúe el reintegro.

La sentencia 3092/2019:

Señala el FJ5 de la STS que *“en modo alguno cabe deducir del dictamen 255/2016, de 12 de mayo, esgrimido por la recurrente, que el Consejo de Estado hubiere dicho que no cabe la incautación de la garantía ante la falta de valoración de los daños y perjuicios. Reitera lo dicho en dictamen 318/2012, de 19 de abril. Resulta claro del antedicho dictamen que se limitar a indicar “ que procede tramitar un procedimiento contradictorio a fin de determinar el montante de los daños y perjuicio irrogados a la administración pública reteniendo hasta la terminación de este la garantía, toda vez que el importe de los referidos daños deberá hacerse efectivo en primer término con cargo a ella”*.

Añade que *“de la normativa reflejada en el fundamento cuarto<sup>7</sup> se colige que las distintas redacciones de la legislación contractual declaran que la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista conlleva la obligación de pronunciarse acerca de la garantía que hubiere sido constituida”,* así como que *“no puede atenderse a la pretensión ejercitada de que la garantía definitiva solo puede quedar afecta al pago del importe de los daños y perjuicios ocasionados a la administración contratante, una vez determinado su importe en proceso contradictorio. La previsión normativa es justamente contraria a lo pretendido por la entidad aseguradora aquí recurrente”*.

Señala por último que *“la incautación constituye una medida de la administración en aras a garantizar el pago del importe de los daños y perjuicios causados en los casos de resolución del contrato, amparada por el art. 88 de la Ley 30/2007, del 30 de octubre, y actualmente el art. 110, d) de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por lo que no resulta preciso la valoración previa de los daños para acordar aquella”*.

Por todo ello concluye que NO ha lugar al recurso de casación, lo que determina la plena legalidad de la resolución por incumplimiento culpable del contratista con incautación de la garantía definitiva constituida.

---

<sup>7</sup> En el que se hace referencia a los preceptos a los que se refieren las notas números 5 y 6 que obran a pie de página en este GCSP, es decir, artículos 208 ap 3 y 4 LCSP y 225 apartados 3 y 4 TRLCSP además de la nueva regulación establecida en la Ley 9/2017.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol y Miguel Ángel García Otero.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.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.: 915 829 204)

© 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.