



Informe 3/2023, de 25 de mayo de 2023, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

Materia: Devolución garantía definitiva a la finalización del contrato. Posibilidad de retener la garantía definitiva por impago de facturas a un suministrador.

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de Sant Jordi (Castellón) ha dirigido solicitud de informe a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, con el siguiente tenor:

*“**PRIMERO.** - En fecha 31 de agosto de 2022, finalizó el contrato de explotación de la instalación municipal Pitch and Putt de Sant Jordi, transcurrida la prórroga solicitada por el entonces contratista, dado que el vencimiento del contrato inicialmente tenía lugar en fecha 8 de agosto de 2022, en plena temporada, alta.*

Actualmente el contrato ya se ha finalizado, habiéndose levantado acta por el técnico municipal en la que no se observan deficiencias en el funcionamiento de la instalación ni desperfectos. Hecho por el cual procedería a abonar el pago de la factura referente al mes de agosto de 2022 a la anterior contratista, Golf y Jardines 2018, S.L. y a devolver la garantía definitiva en su día depositada.

Sin embargo, en fecha 30 de septiembre de 2022, tiene entrada en el Ayuntamiento instancia que formula ELECTRA ENERGÍA SAU, en el que se ponen de manifiesto los siguientes hechos:

-Que tienen suscritos contratos de suministros nº 70000761 y el nº 70000762 con la mercantil GOLF Y JARDINES 2018, S.L., siendo las direcciones de los suministros CL Campo de Golf y CL 1m parcelas m11 y m12, respectivamente, sitas ambas en la población de Sant Jordi (Urbanización Panorámica)

-Que en fecha 24 de agosto de 2022, GOLF Y JARDINES 2018, S.L. comunicó a esta parte que el día 31 de agosto de 2022 dejarían de gestionar las instalaciones de Pitch and Putt, solicitando la baja del servicio y la última factura con esa misma fecha. Por ello, mi representada ha intentado en varias ocasiones contactar con este cliente para solicitar el abono de las facturas impagadas, sin obtener respuesta alguna por su parte.

-Que, por otra parte, en fecha 6 de septiembre de 2022, la nueva adjudicataria del contrato anteriormente citado ha remitido a esta parte los datos y la documentación necesaria para proceder al cambio de titular del suministro del Pitch and Putt en las parcelas m11 y m12 de Panorámica, solicitando que se haga efectivo a partir de la facturación del 1 de septiembre de 2022 e indicando que no van a hacerse cargo de la deuda del anterior titular.



Dirección de suministro	Número de factura	Fecha de factura	Período de facturación	Importe factura (-.€)
CL Campo de Golf	E22141429	23/08/2022	01/07/2022-31/07/2022	1.768,77
	E22176238	27/09/2022	01/08/2022-31/08/2022	2.324,85
CL 1m parcelas m11 y m12	E22141432	23/08/2022	01/07/2022-31/07/2022	3.150,55
	E22176237	27/09/2022	01/08/2022-31/08/2022	6.188,56

Por tanto, el importe total adeudado asciende a un total de TRECE MILCUATROCIENTOS TREINTA Y DOS EUROS Y SETENTA Y TRES CÉNTIMOS DE EURO (13.432,73.-€).

Conforme viene establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que regía el contrato, el contratista debía responder de manera puntual con los pagos de suministros generados de las instalaciones que ostenta la concesión de explotación, no siendo responsables de ella, en ningún caso, el Ayuntamiento. A tal efecto y puesto que se desprende que ha existido un incumplimiento por parte del que era contratista de la Administración, se entiende procedente la adopción de las siguientes medidas provisionales: En segundo lugar, retención de la garantía definitiva que asciende a la cantidad de 9.433,21 euros.

SEGUNDO. - Previa la incoación del procedimiento, se concede término de audiencia por 15 días a quien fuera contratista de la Administración, a los efectos de que procediera al pago, o bien, efectuara las alegaciones que tuviera por conveniente. Por parte de la mercantil se efectúan las siguientes alegaciones:

Según el Ayuntamiento, la mercantil GOLF Y JARDINES 2018, S.L., incumplió el contrato en tanto que no respondió con los pagos de suministros generados de las instalaciones explotadas por la concesión. Sin embargo, tal y como ya pusimos de manifiesto, la garantía no tiene por objeto responder de las obligaciones que una de las partes contratantes asuma con un tercero, sino con sus obligaciones contractuales para con el Ayuntamiento. En todo caso, en las cláusulas del contrato se hizo constar expresamente que el Ayuntamiento no se haría responsable de los impagos del contratista. Siendo por todo ello por lo que considera esta parte que procede el reintegro inmediato de la garantía definitiva. (...)

Y, además, aclaró lo siguiente:

(...) En fecha 21 de diciembre se ha declarado el concurso de acreedores voluntario de la mercantil GOLF Y JARDINES 2018, S.L., por el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Castellón de la Plana (Concurso Ordinario 625/2022). Se acompaña en acreditación de



lo expuesto como documento nº1 el Auto referido. Por este motivo, la mercantil no puede proceder a realizar el pago de las facturas que mantiene pendientes con el proveedor ELECTRA ENERGÍA SAU, cuyo crédito está reconocido en el concurso. Siendo por esta razón por la que será la Administración Concursal la que satisfaga las deudas pendientes de los acreedores con arreglo a la prelación establecida en el TRLC (...)

En este sentido conviene aclarar que queda estipulado en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que es obligación del contratista sufragar la totalidad de los gastos que se deriven de la utilización y explotación de los bienes afectos al contrato y, en particular, los correspondientes al consumo de energía eléctrica, agua y recogida de basura, etc.

Es, por tanto, en relación a la retención y posible incautación de la garantía definitiva por parte del órgano de contratación que se eleva consulta, en relación a si esta medida procede, por entender que el impago de los recibos de luz por parte de la concesionaria de un servicio que consiste en la gestión y mantenimiento de unas instalaciones de titularidad pública un incumplimiento contractual”.

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. La cuestión que el Ayuntamiento de Sant Jordi plantea a esta Junta Consultiva en su escrito se contrae a determinar si al amparo de las previsiones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), cabe la posibilidad de considerar la falta de pago de los recibos del suministro de energía eléctrica, por parte del contratista/concesionario de un servicio consistente en la gestión y mantenimiento de unas instalaciones de titularidad pública, como un incumplimiento contractual y, en consecuencia, proceder a la retención o incautación de la garantía definitiva prestada al momento de la formalización del contrato.

2. El artículo 110 de la LCSP dispone, en relación a la garantía definitiva, que ésta responderá únicamente de los siguientes conceptos:

- De la obligación de formalizar el contrato en plazo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153.
- De las penalidades impuestas al contratista conforme al artículo 192 de la LCSP
- De la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato incluidas las mejoras que ofertadas por el contratista hayan sido aceptadas por el órgano de contratación, de los gastos originados a la Administración por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con

motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución.

- De la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, y
- En los contratos de obras, de servicios y de suministros, la garantía definitiva también responderá de la inexistencia de vicios o defectos de los bienes construidos o suministrados o de los servicios prestados durante el plazo de garantía que se haya previsto en el contrato.

Resulta igualmente relevante para el supuesto que ahora se analiza lo dispuesto en los artículos 216 y 217 de la LCSP. En el primero de ellos se dispone que *“El contratista está obligado a abonar a los subcontratistas o **suministradores** el precio pactado en los plazos y condiciones que se indican a continuación”* (apartado 1), concretándose, en el apartado 4, que *“El contratista deberá abonar las facturas en el plazo fijado de conformidad con lo previsto en el apartado 2 (máximo de 30 días). En caso de demora en el pago, el subcontratista o **suministrador** tendrá derecho al cobro de los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales”*.

Mediante la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, se añade al precepto precitado (artículo 216.4 de la LCSP) que en los contratos sujetos a regulación armonizada y, además, en aquellos cuyo valor estimado sea igual o superior a dos millones de euros, *“Cuando el subcontratista o **suministrador** ejercite frente al contratista principal, **en sede judicial o arbitral**, acciones dirigidas al abono de las facturas una vez excedido el plazo fijado en el apartado 2, el órgano de contratación, sin perjuicio de que siga desplegando todos sus efectos, procederá a la retención provisional de la garantía definitiva la cual no podrá ser devuelta hasta el momento en que el contratista acredite la íntegra satisfacción de los derechos declarados en la resolución judicial o arbitral firme que ponga fin al litigio”*.

Por su parte, el artículo 217 de la LCSP, en su apartado 1, consigna que:

*“Las Administraciones Públicas y demás entes públicos contratantes podrán comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas adjudicatarios de los contratos públicos han de hacer a todos los subcontratistas o **suministradores** que participen en los mismos.*

En tal caso, los contratistas adjudicatarios remitirán al ente público contratante, cuando este lo solicite, relación detallada de aquellos subcontratistas o suministradores que participen en el contrato cuando se perfeccione su participación, junto con aquellas

condiciones de subcontratación o suministro de cada uno de ellos que guarden una relación directa con el plazo de pago. Asimismo, deberán aportar a solicitud del ente público contratante justificante de cumplimiento de los pagos a aquellos una vez terminada la prestación dentro de los plazos de pago legalmente establecidos en el artículo 216 y en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre. Estas obligaciones, que en todo caso se incluirán en los anuncios de licitación y en los correspondientes pliegos de condiciones o en los contratos, se consideran condiciones especiales de ejecución, cuyo incumplimiento, además de las consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico, permitirá la imposición de las penalidades que a tal efecto se contengan en los pliegos, respondiendo la garantía definitiva de las penalidades que se impongan por este motivo”.

3. Del examen de las circunstancias concurrentes, y de la normativa aplicable citada, se infiere que, en un supuesto de las características del que se nos somete a consulta, sólo sería posible la incautación de la garantía a fin de hacer frente a las responsabilidades derivadas de la ejecución si, en el contrato de explotación de instalaciones públicas dedicadas a la práctica de un deporte, el pago del suministro de energía eléctrica que debe contratar el adjudicatario con un tercero estuviera previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, o en el contrato, como una obligación contractual esencial, debiendo figurar tal condición en los anuncios de licitación, no siendo posible la retención provisional de dicha garantía definitiva ya que, según el texto vigente tras la modificación introducida por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, tal posibilidad solo resultaría viable cuando el subcontratista o el suministrador hubiere iniciado acciones en sede judicial o arbitral, extremo que no consta de la información suministrada a este órgano por la entidad consultante.

4. En efecto, de la LCSP se colige que la obligación principal del contratista es la realización de la prestación que constituye el objeto del contrato, que habrá de realizarse en el plazo previsto, siendo la correspondiente contrapartida del órgano de contratación el abono del precio en el término previsto. Ahora bien, el pago del suministro de energía eléctrica por parte del contratista al tercero suministrador de la misma no es, en principio, una obligación contractual sino, en todo caso, un requisito para el adecuado cumplimiento de la prestación (gestión y explotación de la instalación deportiva municipal) que, en principio, no vincula al suministrador con el órgano de contratación sino con el contratista; o, lo que es lo mismo, la Administración no queda vinculada con los suministradores del adjudicatario del contrato. Es decir, existe una clara desvinculación entre la relación jurídica que se establece entre la Administración y el contratista, y la de éste último con los subcontratistas o suministradores, que es una relación jurídica privada de tal modo que el órgano de contratación no es quien deberá decidir sobre los pagos, penalizaciones, etc., derivados de la relación contratista/suministrador. Ergo, es el contratista el que se obliga a abonar al suministrador el precio por los servicios, materiales, etc. que aquel le proporcione en los plazos y condiciones que pacten entre ellos.



5. Aun así, según se desprende de la literalidad del artículo 217 de la LCSP, las Administraciones Públicas podrán comprobar el cumplimiento de los pagos que los contratistas adjudicatarios tengan comprometidos con sus suministradores, previa solicitud de que le sea remitida por parte de aquellos la relación de los mismos junto con las condiciones del suministro que guarden relación directa con el pago, y/o solicitar de los mismos, a la finalización del contrato, acreditación del cumplimiento de los pagos a que venía obligado. En tales supuestos, dichas obligaciones -que deberán incluirse en los anuncios de licitación, así como en los pliegos de condiciones o en los contratos- se considerarían condiciones especiales de ejecución cuyo incumplimiento, además de las consecuencias previstas en el artículo 202 de la LCSP, permitirá que las penalizaciones previstas por incumplimiento puedan hacerse con cargo a la garantía definitiva.

Por tanto, el hecho de que en el pliego de cláusulas administrativas particulares que regía dicho contrato –tal como se expone en el escrito de la entidad consultante- se hubiera previsto que el contratista debía hacer frente, de modo puntual, a los pagos de los suministros energéticos generados por la explotación y mantenimiento de las instalaciones, no permite, sin más, suponer que tal mención tenga la consideración de una condición especial de ejecución del contrato, tal como resulta de una interpretación conjunta de lo previsto en los artículos 192.1 y 202 LCSP, sino que, en principio, no pasaría de ser el reconocimiento de que tales gastos correrán a cargo del adjudicatario.

Es más, la actuación del órgano de contratación ratifica la anterior conclusión cuando afirma que, finalizado el contrato y no observadas deficiencias en la instalación ni en la prestación del servicio, habría decidido proceder al pago de la factura del último mes del contrato y a la devolución de la garantía, de no ser porque ELECTRA ENERGÍA, S.A.U. les informara del impago de las facturas de los meses de julio y agosto, hecho que confirma que en ningún momento la corporación municipal ejerció control alguno sobre los pagos a dicho suministrador, lo que hubiera sido el caso si se tratara de obligaciones contractuales.

En virtud de lo expuesto, no procede la incautación de la garantía definitiva dado que ésta no tiene por objeto responder de las obligaciones que la contratista adjudicataria ha asumido con terceros, compromisos que pertenecen al ámbito de la relación contractual privada entre contratista y suministrador/es sino, exclusivamente, de aquellas que sean objeto del contrato.

6. Al contestar a la vista en el procedimiento abierto por el consistorio relativo a la devolución o no de la garantía definitiva, la contratista expone que, meses después de la finalización del contrato, se declaró concurso voluntario de acreedores, razón por la que no puede realizar pago alguno de facturas pendientes, debiendo ser la Administración Concursal la que proceda a la satisfacción de los créditos reconocidos en el concurso, entre los que se encuentran las facturas por los suministros de energía



correspondientes a los meses de julio y agosto, cuyo impago reclama la mercantil suministradora.

Partiendo de que la relación entre el contratista adjudicatario del contrato y sus suministradores es una relación privada, y que no se ha previsto ni en el contrato ni en el pliego procedimiento alguno para la comprobación y/o seguimiento de los pagos que el adjudicatario asume frente a los suministradores, como tampoco penalizaciones para casos de demora, las relaciones contratista/suministrador resultan ajenas a las que se establecen entre el órgano de contratación y el adjudicatario, no pudiendo darse a la garantía definitiva una finalidad distinta a la expresamente prevista en la normativa vigente, pasando a considerarla, sin más, como un fondo económico del que el órgano de contratación pueda disponer para hacer frente a fines distintos de los estipulados en la Ley.

Por tanto, si el adjudicatario cumplió con las obligaciones contractuales a que se comprometió con el Ayuntamiento en el contrato de explotación de las instalaciones municipales deportivas, no habrá razón para la incautación de la garantía definitiva –ni para la retención provisional de la misma ya que el suministrador no ha iniciado procedimiento jurisdiccional ni arbitral para el cobro de las facturas impagadas- que deberá reintegrarse en caso de concurso de acreedores a la masa activa del concurso, dado que este inhabilita al deudor para el pago *per se* de las obligaciones pendientes, siendo la Administración Concursal la única autorizada para proceder a la satisfacción de las deudas pendientes reconocidas con arreglo a la prelación de créditos establecida en la normativa vigente.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza la siguientes

CONCLUSIONES

- La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, LCSP, desvincula la relación jurídica que se establece entre la Administración y el contratista adjudicatario y aquellas que este eventualmente establezca con los subcontratistas y suministradores, que pertenecen al ámbito privado. Por tanto, la Administración no queda vinculada con los suministradores del adjudicatario y no responde frente a estos de las deudas contraídas por el contratista.
- En dicho contexto, la garantía definitiva responde únicamente de los conceptos previstos en el artículo 110 de la LCSP y no puede, con carácter general, ser incautada por impago de suministros atribuyéndoles la condición de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, salvo que tal condición figure expresamente en el mismo o en el Pliego de Cláusulas administrativas particulares, o, tratándose de contratos sujetos a regulación armonizada o cuyo valor estimado sea igual o superior a dos millones de euros, se hayan iniciado



por parte del subcontratista o suministradores acciones judiciales o arbitrales dirigidas al abono de las facturas pendientes, en cuyo caso procedería la retención provisional de la garantía definitiva en los términos establecidos en el artículo 216.4, segundo párrafo,