

CONTROL DE CAMBIOS

<u>REVISIÓN</u>	<u>FECHA</u>	<u>MOTIVO</u>
5	22/07/14	Actualización de la doctrina, y... En especial, modificación de la cuestión C.10.17. Transcurrido el periodo de garantía sin que se haya puesto de manifiesto la existencia de defectos, debe la Administración proceder a la devolución de la garantía sin que sea entonces posible pretender la ejecución de la misma,... ni aun en el caso de que se alegue la existencia de vicios ocultos.
4	04/12/13	Se incorporan las modificaciones introducidas en el TRLCSP, por la Ley 14/2013 .de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Se actualiza la doctrina de Tribunales, Juntas y Consejos Consultivos. Se añaden diversas cuestiones.
3	02/10/12	Se extiende el estudio a todo tipo de contratos administrativos y privados. Se añaden nueve (9) cuestiones. Se añaden dos (2) comentarios. Se añade un test.
2	20/02/12	Modificación del comentario Com.10.01, introduciendo en el mismo, el dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha CC CLM 180/2011 .
1	04/12/11	Adaptación al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
0	17/09/11	Publicación.



ÍNDICE

1.- REGULACIÓN NORMATIVA Y OBJETO DEL ESTUDIO

2.- LA GARANTÍA DEFINITIVA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

A- EXIGENCIA, CUANTÍA, GARANTÍA COMPLEMENTARIA, REPOSICIÓN Y REAJUSTE DE LA GARANTÍA DEFINITIVA

B- TIPOS DE GARANTÍAS ADMITIDAS. POSICIÓN JURÍDICA DEL FIADOR

B1.- Tipos de garantías admitidas

B2.- Posición jurídica el fiador

C- FORMALIZACIÓN DE LA GARANTÍA

D.- RESPONSABILIDADES A LAS QUE ESTAN AFECTAS LAS GARANTÍAS DEFINITIVAS

D1.- De las penalidades impuestas al contratista conforme al artículo 212 TRLCSP por ejecución defectuosa y demora.

D2.- De los gastos, daños y perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación de ejecutar de modo adecuado el contrato.

D3.- De la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista.

D4.- En el contrato de suministros, de la inexistencia de vicios o defectos de los bienes suministrados durante el plazo de garantía que se haya previsto en el contrato.

D5.- De la no formalización del contrato

E.- PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN

F.- DEVOLUCIÓN Y CANCELACIÓN

G.- GARANTÍA GLOBAL

3.- LA GARANTÍA PROVISIONAL EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

A- EXIGENCIA Y CUANTIA DE LA GARATÍA PROVISIONAL

B.- TIPOS DE GARANTÍAS ADMITIDAS. POSICIÓN JURÍDICA DEL FIADOR

C.- FORMALIZACIÓN DE LA GARANTÍA

D.- RESPONSABILIDADES A LAS QUE ESTÁN AFECTAS LAS GARANTÍAS PROVISIONALES.

D1.- Mantenimiento de la oferta

D2.- No presentación de la documentación señalada en el artículo 151.2 TRLCSP

D3.- No formalización del contrato una vez aportada la documentación exigida

E.- PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN

F.- DEVOLUCIÓN Y CANCELACIÓN

4.- OTRAS GARANTÍAS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

A.- POR ABONOS A CUENTA POR MATERIALES ACOPIADOS, INSTALACIONES Y EQUIPOS.

B.- POR APORTACIÓN DE MEDIOS POR LA ADMINISTRACIÓN

C.- POR SITUACIÓN CONCURSAL DEL ADJUDICATARIO

D.- POR LA SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES, EN EL RECURSO ESPECIAL EN MATERÍA DE CONTRATACIÓN

5.- GARANTIAS EN CONTRATOS CELEBRADOS POR OTROS ENTES DEL SECTOR PÚBLICO

6.- EL RÉGIMEN DE GARANTÍAS EN EL TRLCAP Y EN LA LCSP, ANTERIOR A LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 34/2010

7.- EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO EN EL TRLCAP, EN LA LCSP ANTERIOR A LA REFORMA OPERADA EN LA LEY 34/2010 Y EN LA ACTUALIDAD

ANEXO I.- CUESTIONES A LAS QUE HAN DADO RESPUESTA LA DOCTRINA DE JUNTAS, CONSEJOS Y TRIBUNALES

- C.10.01.- ¿Es exigible la constitución de la garantía definitiva en los contratos menores?... NO. –[Ver Doctrina 01](#)–.
- C.10.02.- ¿Es exigible la constitución de la garantía definitiva en la tramitación de emergencia?...NO, pero el órgano de contratación podrá imponer su constitución –[Ver Doctrina 02 / Comentario 01](#)–.
- C.10.03.- ¿Para determinar la base sobre la cual se aplica el porcentaje de la garantía definitiva, se debe tener en cuenta exclusivamente la duración inicial del contrato, o bien deben computarse las posibles prorrogas y/o el valor estimado del contrato? ... Sólo la cuantía correspondiente a la duración inicial del contrato. –[Ver Doctrina 03](#)–.
- C.10.04.- En el caso de que la contratación se lleve a cabo previa firma de acuerdo marco con diversos empresarios, ¿En qué momento y sobre qué base deben éstos constituir la garantía definitiva?... En el momento en que le son adjudicados los contratos específicos. 5% de cada contrato adjudicado –[Ver Doctrina 04](#)–.
- C.10.05.- ¿En los contratos de duración plurianual, la base sobre la cual se aplica el porcentaje de garantía definitiva será la correspondiente a la primera anualidad o la de todas la anualidades del contrato?... El correspondiente a todas las anualidades del contrato.–[Ver Doctrina 05](#)–.
- C.10.06.- ¿Cabe reforzar la caución, exigiendo además de la garantía definitiva, póliza de responsabilidad civil?...No, salvo supuestos excepcionales –[Ver Doctrina 6](#)–.
- C.10.07- En los contratos administrativos ¿Puede una entidad de seguro prestar aval?, ¿Y una entidad de crédito un seguro de caución?...NO en ambos casos –[Ver Doctrina 08](#)–.
- C.10.08.- ¿Es aplicable (para las UTE) el criterio previsto para las garantías provisionales en el artículo 61.1 RGLCAP a las garantías definitivas?... SI. –[Ver Doctrina 09](#)–.
- C.10.09.- ¿Puede iniciarse expediente para la imposición de penalidades por demora en la ejecución, una vez el contratista ha finalizado la obra?...No según opinión mayoritaria. –[Ver Doctrina 09 Bis](#)–.
- C.10.10.- ¿Cabe que en su caso, además de la incautación de la garantía definitiva se acuerde la indemnización de los daños y perjuicios, si estos excedieran del importe de aquélla?...No existe posición unánime al respecto –[Ver Doctrina 10](#)–.
- C.10.11.- ¿Qué sucede respecto a la garantía cuando en la resolución del contrato existe concurrencia de culpas de la Administración y el contratista?... No será incautada –[Ver Doctrina 11](#)–.
- C.10.12.- ¿Responde la garantía definitiva de la falta de pago del precio pactado a subcontratistas y a suministradores por parte del contratista principal?...No –[Ver Doctrina 12](#)–.
- C.10.13.- ¿Procede la ejecución de la garantía cuando habiendo sido finalizados los trabajos a satisfacción de la Administración, han existido sin embargo incumplimientos por parte del contratista (la no presentación de certificados de estar al corriente de obligaciones tributarias) que no han permitido la firma del mismo?... NO, si los contratos han sido ejecutados a satisfacción de la Administración y no ha existido perjuicio alguno para esta – [Ver Doctrina 13](#)–.
- C.10.14.- Si ante la entrada en concurso del contratista, la Administración optase por resolver el contrato ¿Puede retener la garantía prestada en tanto no se califique aquél?... No existe unanimidad en la doctrina. – [Ver Doctrina 15](#)–.
- C.10.15.- Una vez acordada la incautación de la garantía, el plazo para que la Administración la haga efectiva es de cuatro años. –[Ver Doctrina16](#)–.
- C.10.16.- ¿Se interrumpe o reinicia el plazo de garantía cuando durante el periodo de garantía hayan de subsanarse deficiencias apreciadas en los trabajos?... No. –[Ver Aquí](#) –.

- C.10.17.- Transcurrido el periodo de garantía sin que se haya puesto de manifiesto la existencia de defectos, debe la Administración proceder a la devolución de la garantía sin que sea entonces posible pretender la ejecución de la misma, ni aun en el caso de que se alegue la existencia de vicios ocultos.–[Ver Doctrina 17](#)–.
- C.10.18.- Para proceder a la devolución de la garantía ¿Es necesario que el contratista la solicite?....NO. –[Ver Doctrina 18](#)–.
- C.10.19.- Ante una devolución tardía de un aval o seguro de caución ¿Tendrá derecho el contratista a que además de los costes de mantenimiento de tales instrumentos, la cantidad a rembolsar sea incrementada con incrementada con el interés legal del dinero correspondiente al período transcurrido desde el vencimiento del citado plazo hasta la fecha de la devolución de la garantía, como ocurre en los supuestos en que la garantía se constituyera en efectivo o retención en precio?.... No. –[Ver Doctrina 20](#)–.
- C.10.20.- De licitarse en un mismo contrato diversos lotes y exigirse garantía provisional, ¿La misma se calculará sobre el conjunto de los lotes o sobre aquellos a los que se presente oferta?...Sobre los que se presente oferta.–[Ver Doctrina 22](#)–.
- C.10.21.- Partiendo del presupuesto de existencia de proposición con valores anormales o desproporcionados, ¿Cual es, por lo que respecta a la garantía provisional, la consecuencia de la existencia de un error justificado en la oferta económica?... La desestimación de la proposición sin incautación de la garantía. –[Ver Doctrina 29](#)–.
- C.10.22.- ¿No habiéndose formalizado el contrato por el adjudicatario en el plazo habilitado para ello pueda éste formalizarse en un momento posterior si existiese mutuo acuerdo al respecto entre éste y la Administración?... NO, aunque el O.C. tendrá la posibilidad de ampliar el plazo –[Ver Nota 15](#)–.
- C.10.23.- ¿En el supuesto de no haber sido exigida garantía provisional, puede la Administración incautar sobre la garantía definitiva el importe que se hubiera establecido como garantía provisional de haberse exigido?... NO, sin perjuicio de exigir los daños y perjuicios causados –[Ver Doctrina 30](#)–.
- C.10.24.- ¿Cabe que en su caso, además de la incautación de la garantía provisional se acuerde la indemnización de los daños y perjuicios, si estos excedieran del importe de aquella?... No según criterio de la Comisión Consultiva de la Junta de Andalucía. –[Ver Doctrina 31](#)–.

1.- REGULACIÓN NORMATIVA Y OBJETO DEL ESTUDIO

T.R.L.C.S.P. / L.C.S.P.		R.G.L.C.A.P.		T.R.L.C.A.P
ARTÍCULO	TÍTULO DEL ARTICULO	ARTÍCULO	TÍTULO DEL ARTICULO	ARTÍCULO
GARANTÍA DEFINITIVA Y PROVISIONAL				
60.2.d / 49.2.d	Prohibiciones de contratar	17 a 20 y 53	(varios)	20
95 (B/NB)* / 83 (B/NB)*	Exigencia de garantía	61	Constitución de las garantías	36
		59	Garantías complementarias	
96 / 84	Garantías admitidas	55	Garantía constituida en valores	36
		56	Garantía constituida mediante aval	
		57	G. const. med. Contrato de seguro de caución	
		58	Poderes en avales y seguros de caución	
97 / 85	Régimen de las garantías prestadas por terceros	55 a 58	(Reproducidos)	46
		109,1,b)	Procedimiento para la resolución de contratos	
98 / 86	Garantía global	61	Constitución de las garantías	36 y 35
99 / 87	Constitución reposición y reajuste de garantías	60	Formalización de las variaciones de garantías	41 y 42
		61	Constitución de las garantías	
		62	Efectos de la retirada de la proposición, de la falta de const. de la G.D. o de la falta de formalización del contrato respecto de la G.P.	
100 / 88	Responsabilidades a que están afectan las garantías	62 y 63	(Reproducidos)	43
101 / 89	Preferencia en la ejecución de garantías	63	Ejecución de garantías	45
		65,3	Devolución y efectos de la garantía	
102 / 90	Devolución y cancelación de las garantías	64 y 65	Devolución y efectos de la garantía	44 y 47
103 / 91	Exigencia y régimen	55 a 65	(Reproducidos)	35
151 / 135	Clasificación de las ofertas, adjudicación del contrato y notificación de la adjudicación	---	---	88
152 (B/NB)* / 136 (B/NB)*	Ofertas con valores anormales y desproporcionados	85	Criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas	83
156 (NB) / 140 (NB)	Formalización de los contratos	71 (NB)	Documento de formalización de los contratos	54
211 (B/NB)* / 195 (B/NB)*	Procedimiento de ejercicio	97 a 100 (NB) 101 y 102	(varios)	59
212 (B/NB)* / 196 (N/NB)*	Ejecución defectuosa y demora	99 (NB)	Efectividad de las penalidades e indemnización de daños y perjuicios	95
214 / 198	Indemnización de daños y perjuicios	97 (NB)	Resolución de incidencias surgidas en la ejecución de los contratos	97
225 / 208	Efectos de la resolución	109, 110 (NB), 111, 112 y 113	(varios)	113
D.A. 1ª / D.A. 1ª	Contratación en el extranjero	61,6	Constitución de las garantías	117
D.A. 10ª / D.A. 7ª	Exenc. req Org. Púb. de Investig. en cuanto adjudicac. contratos.	---	---	---

T.R.L.C.S.P. / L.C.S.P.		R.G.L.C.A.P.		T.R.L.C.A.P
ARTÍCULO	TITULO DEL ARTICULO	ARTÍCULO	TITULO DEL ARTICULO	ARTÍCULO
OTROS TIPOS DE GARANTÍAS PREVISTOS EN LA LCSP				
216.3 / 200,3 232.2/215.2 NB	Pago del precio Certificaciones y abonos a cuenta	155 (B/NB)	Abonos a cuenta por materiales acopiados	99 145
		156	Abonos a cuenta por instalaciones y equipos	
		157	Garantías por abonos a cuenta	
150.3 / 134.3	Criterios de valor. de las ofertas	119 (NB)	Aportación de medios por la Administración	---
43 / 313	Solicitud de medidas provisionales (Rec. Esp. Cont)	---	---	---
43 / 317	Resolución (Rec. Especial en materia de contratación)	---	---	---
223 b) / 206.b)	Causas de resolución	109, 110 (NB), 111, 112 y 113	(varios)	111
224.2 / 207.2	Aplicación de las causas de resolución			112
GARANTÍAS EN CONTRATOS CELEBRADOS POR OTROS ENTES DEL SECTOR PÚBLICO				
104 / 92	Supuestos y régimen	---	---	---

(*) Son legislación básica todos los artículos reseñados del TRLCSP, la LCSP y, el RGLCAP, excepto aquellos señalados como NB (No básicos), ó como B/NB que contienen una parte básica y otra no básica (Ver Disposición final segunda del TRLCSP, séptima de la LCSP y primera del RGLCAP). No se hace distinción entre legislación básica y no básica en el articulado del TRLCAP.

Abreviaturas:

- **TRLCS.P.-** [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.](#)
- **RGLCAP.-** [Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.](#)
- **LCSP.-** [Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.](#) (Derogada).
- **TRLCAP.-** [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.](#) (Derogado).
- **LRJPAC.-** [Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.](#)
- **Ley 34/2010.-** [Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.](#) (Modificaciones recogidas en las normas citadas).
- **Ley de Emprendedores** [Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.](#) Modifica, en lo que a garantías se refiere, los artículos 96.2 y 3, y 102.5 del TRLCSP. Modificación recogida en la norma citada.

En lo que se refiere al régimen de garantías prestadas por terceros y a la formalización de las garantías habrá de tenerse en cuenta además las reglas contenidas en el [Real Decreto 161/1997, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos](#), el cual, en su disposición adicional 4ª, prevé la aplicación de su contenido a las garantías prestadas en los contratos administrativos, en aquellos aspectos no regulados expresamente por la normativa administrativa.

En los supuestos de formalización de la garantía mediante seguro habrá de considerarse, en lo no previsto en el TRLCSP, lo dispuesto en la [Ley 50/1980, de 8 de octubre de Contrato de Seguro](#), y, el [Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados](#).

En lo que respecta al procedimiento de ejecución de las garantías, y de conformidad con lo dispuesto en la disposición final tercera TRLCSP, para todo lo no previsto en el mismo, regirán las normas contenidas en la LRJPAC.

Objeto del estudio

Se puede definir la garantía, de un modo genérico y valido para el estudio del presente tema, como el aseguramiento del cumplimiento de una obligación, mediante la afectación de cuantía o cosa determinada por el propio obligado, o del compromiso de pago por un tercero (fiador), para el caso de incumplimiento de la misma por el deudor originario.

Tanto el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo TRLCSP), como el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo RGLCAP), emplean el término garantía con diversas acepciones:

1º.- TRLCSP y RGLCAP, regulan principalmente el régimen de las garantías (exigencia, tipos, cuantía, constitución, cancelación y devolución) que ha de prestar todo licitador o candidato **-garantía provisional-** y el licitador que presente la oferta económicamente más ventajosa **-garantía definitiva-**, con el fin de asegurar el cumplimiento de ciertas obligaciones de aquéllos frente a las administraciones públicas. En ciertos supuestos será exigible un porcentaje de garantía definitiva superior al habitual – **garantía complementaria-**. Como alternativa a la prestación de una garantía definitiva singular para cada contrato, el empresario podrá constituir una **garantía global** por el conjunto de los contratos que celebre con cada administración.

2º.- No son sin embargo éstas las únicas cauciones a las que puede verse obligado a hacer frente el contratista, quién puede verse obligado a constituir **otros tipos de garantías** en los siguientes supuestos:

- Abonos a cuenta a percibir por el contratista.
- Aportación de medios por la Administración para la ejecución del contrato.
- Situación concursal del contratista.

3º.- Además, también regula Ley y Reglamento, **otros tipos de afianzamientos**, en los que varían los elementos subjetivos o su posición, y así:

- Las que en su caso habrá de constituir quien interponga recurso especial en materia de contratación solicitando al organismo encargado de resolver (los comúnmente denominados Tribunales Administrativos), la adopción de medidas provisionales (generalmente la paralización del procedimiento de contratación), (Art.43.3 TRLCSP).
- Cuando un contrato se financie con aportaciones de distinta procedencia, el órgano de contratación al que corresponda la adjudicación, debe acreditar la plena disponibilidad de todas

las aportaciones y determinarse el orden de su abono, con inclusión de una garantía para su efectividad (Art. 109 TRLCSP).

- No se admitirá la hipoteca de concesiones de obras públicas en garantía de deudas que no guarden relación con la concesión correspondiente (Art. 261 TRLCSP).
- Garantías que conforme a lo previsto en las disposiciones reguladoras de la financiación privada de las concesiones de obras públicas puede obtener el contratista para la captación de la financiación necesaria para la ejecución de contrato, en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado (Art. 315 TRLCSP).

4º.- Por último, otros preceptos hacen referencia a la **garantía como sinónimo de acreditación** del cumplimiento de una norma o respaldo de un producto o actividad.

- Cumplimiento de las normas de garantía de la calidad (Art. 80 TRLCSP).
- Garantía de accesibilidad para personas con discapacidad (Disposición adicional decimoctava TRLCSP).

Las garantías a las que se hace referencia en los dos primeros apartados serán objeto de estudio en el presente tema; las de los dos últimos serán analizadas en sus temas correspondientes.

2.- LA GARANTÍA DEFINITIVA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

A.- EXIGENCIA, CUANTÍA, GARANTÍA COMPLEMENTARIA, REPOSICIÓN Y REAJUSTE DE LA GARANTÍA DEFINITIVA

Exigencia

“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 % del importe de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido. (...)” (Art. 95.1, primer párrafo TRLCSP).

Es exigible, y se reflejará en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en lo sucesivo PCAP) y en el contrato (Art. 131 Y 136 TRLCSP y artículos 67.2.m. y 71 RGLCP) la constitución de la garantía definitiva por parte del licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa.

Existen sin embargo, ciertas excepciones a esta regla:

a) Atendidas las circunstancias presentes en el contrato, el órgano de contratación podrá eximir al que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa 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 (Art.95.1. TRLCSP).

b) En los contratos menores no es exigible la constitución de garantía definitiva según interpretación de las JCCA del Estado.

[Doctrina 01: (C.10.01) No es obligatoria la constitución de garantía definitiva en los contratos menores. “La JCCA entiende que en los contratos menores no resulta requisito exigible la constitución de garantías definitivas... En primer lugar por la propia naturaleza y significado de los contratos menores incorporados al artículo 56 de la LCAP (Art.111 TRLCSP) el cual establece que en los contratos menores que se definirán exclusivamente por su cuantía de conformidad con los artículos 121, 176 y 201, la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente que reúna los requisitos reglamentariamente exigidos, conteniendo una prevención específica para los contratos menores de obras... En segundo lugar, hay que aludir a la situación comparativamente injusta e injustificada, en relación con otros tipos de contratos y procedimientos de adjudicación (carácter facultativo de la garantía definitiva en los contratos privados y posibilidad de dispensa por el órgano de contratación en los de consultoría y asistencia, en los de servicios y en los contratos administrativos especiales y por el Consejo de Ministros en los contratos de gestión de servicios públicos) que la solución positiva produciría. Resultaría un contrasentido el que en contratos de significado jurídico y económico más trascendentales que los de los contratos menores, quedara abierta la posibilidad de dispensa de la garantía definitiva y no en los propios contratos menores.” [\(MEH 12/2002\)](#)].

c) Consideran así mismo las JCCA que inicialmente, tampoco es exigible la constitución de garantía en la tramitación de emergencia, si bien en último término corresponderá al órgano de contratación imponer su formalización posterior.

[Doctrina 02 / Comentario 01 (C.10.02): Es facultad del órgano de contratación exigir garantía definitiva en la tramitación de emergencia. Bajo la vigencia del TRLCAP, sendos informes de la JCCA de Murcia ([MUR 08/2003](#)), y de Madrid ([MAD 02/2000](#)) se referían a la cuestión planteada. El primero de ellos la contestaba directamente en los siguientes términos: “Por otra parte, la excepcionalidad de este régimen se plasma (...), además(...), en que no será necesaria la constitución de garantía definitiva por parte del contratista, al menos en un primer momento, en tanto se llevan a cabo los actos precisos para poner fin a las circunstancias excepcionales que han determinado la declaración de emergencia, en orden a los términos en que se expresa el Art.54.2 TRLCAP: “Salvo las excepciones establecidas en esta Ley, será requisito necesario para su formalización la prestación por el empresario de las garantías previstas en la misma como salvaguarda de los intereses públicos”. Por tanto, “contrario sensu”, si no es necesaria la formalización de los contratos de emergencia, tampoco lo será la garantía, si bien en el caso de la tramitación de urgencia la dispensa de la previa formalización no exime de la obligación de constituir la garantía definitiva (Art.71.2.c) TRLCAP); con lo que la especificación de la obligación de garantía en este caso, ratifica su carácter no necesario en la tramitación de emergencia.”**[Nota:** La dispensa a la previa formalización de la garantía en la tramitación urgente ha sido eliminada].

Por su parte el informe MAD_02/2000, sin abordar directamente la cuestión, dio por hecho la posibilidad –que no la obligación- por parte del órgano de contratación de exigir la constitución de una garantía definitiva al referirse, y considerar vigente, “El acuerdo de 6 de mayo de 1997, por el que se aprueban recomendaciones dirigidas a los órganos de contratación, procedente de la JCCA de la Comunidad de Madrid recomienda a los órganos de contratación, sin perjuicio de ordenar la inmediata ejecución de lo necesario para remediar el evento que produjo la emergencia, exigir al contratista, al menos, una garantía definitiva del 4 % del precio de las obras encargadas y formalizar en documento contractual los pactos alcanzados verbalmente.”

La conclusión que se desprende de la lectura de ambos informes, es que sin ser obligatoria la exigencia de garantía definitiva, la Administración podrá exigirla en cualquier momento de la ejecución del contrato.

Sin que de modo expreso, el TRLCSP contenga un precepto de igual contenido al del artículo 54.2 TRLCAP, habrá de entenderse que cabe llegar a igual conclusión que la de la JCCA de Murcia en base a lo dispuesto en el artículo 113.1.a) “El órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente administrativo, podrá ordenar la ejecución (...) o contratar libremente su objeto,... sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, (...)”. Exime por lo tanto la ley de tramitar expediente y sujetarse a los requisitos formales, entre los que habrá de entenderse incluido el de la constitución y formalización de la garantía. Pero a la vez que establece la exigencia de que ciertos aspectos del expediente se cumplimenten a posteriori (singularmente los que hacen referencia al gasto y su justificación), faculta “...podrá...”- al órgano de contratación, a llevar a cabo los trámites necesarios para completar el expediente].

d) En los contratos que se formalicen y ejecuten en el extranjero se le podrán exigir a los adjudicatarios unas garantías análogas a las previstas en el TRLCSP siempre que ello sea posible y adecuado a las condiciones del Estado en que se efectúa la contratación y, en su defecto, las que sean usuales y autorizadas en dicho Estado o resulten conformes con las prácticas comerciales internacionales (D.A. primera TRLCSP).

e) Las Agencias Estatales, los Organismos Públicos de Investigación y organismos similares de las Comunidades Autónomas estarán exentas de constituir garantías –provisionales o definitivas-, en los casos en que sean exigibles (D.A. séptima TRLCSP).

Cuantía

Tal y como queda anotado, el artículo 95.1 del TRLCSP, señala que la cuantía de la garantía será del cinco por ciento (5 %) del importe de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido.

(Comentario 02: La redacción el artículo 95.1 TRLCSP permite, justificándolo adecuadamente, eximir de la constitución de la garantía definitiva, pero no da pie a que el órgano de contratación pueda reducir la cuantía de la garantía (5%) cuando esta sea exigida. La excepción contenida en el artículo 95.4, TRLCSP, respecto al contrato de concesión de obras públicas –ver más adelante- confirma esa regla).

[Doctrina 03 (C.10.03): Para determinar la base sobre la cual se aplica el porcentaje de la garantía definitiva, se debe tener en cuenta exclusivamente la duración inicial del contrato. “... el importe de la retribución correspondiente a las posibles prórrogas del contrato, no ha de tomarse en consideración para calcular su importe, pues el objeto de la garantía definitiva no es otro más que asegurar el cobro de los daños posibles derivados de la mala ejecución del contrato, daños que la Ley, de forma genérica, considera que quedan suficientemente cubiertos exigiendo una garantía equivalente a un porcentaje del importe del contrato. De ello se deriva que lo importante a efectos de la determinación del importe de esta garantía es la entidad económica del contrato, no su duración. La prórroga del contrato determinará simplemente la prórroga, asimismo, de la vigencia de la garantía, pero no tiene por qué influir en el importe inicial de ésta. Esto es especialmente claro, si además tenemos en consideración que de no ser así y, habida cuenta de que las prórrogas no son obligatorias para el órgano de contratación, si se tuvieran en cuenta para establecer el importe de la garantía definitiva se estaría calculando éste en función de unas cantidades (la retribución a satisfacer por el órgano de contratación durante las prórrogas) dependientes de un acontecimiento como es el de que se acuerde la prórroga, respecto del cual no existe certeza alguna.” [MEH 028/2009](#)

“La base sobre la que se aplica el porcentaje de garantía definitiva de los contratos es el precio del contrato, excluido el IVA, y no el valor estimado del contrato.” [GAL 04/2009](#).

Nota: Art. 88.1 TRLCSP “A todos los efectos previstos en esta Ley, el valor estimado de los contratos vendrá determinado por el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación. En el cálculo del importe total estimado, deberán tenerse en cuenta cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato”).]

Habrán de tenerse en cuenta las siguientes singularidades:

- En el caso de los contratos con precios provisionales a que se refiere el artículo 87.5 TRLCSP el porcentaje se calculará con referencia al precio máximo fijado. (Art. 95.1 TRLCSP).
- En aquellos contratos cuya cuantía se determine en función de precios unitarios, el importe de la garantía a constituir se fijará atendiendo al presupuesto base de licitación. (Art. 95.3 TRLCSP).
- En aquellos contratos cuyos presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente por la Administración (Art. 150.3.a TRLCSP), la cuantía de la garantía se establecerá una vez sea fijado el presupuesto por el órgano del contratación.
- En la concesión de obras públicas el importe de la garantía definitiva se calculará aplicando el 5 % sobre el valor estimado del contrato, cuantificado con arreglo a lo establecido en el artículo 88.3. El órgano de contratación, atendidas las características y la duración del contrato, podrá prever en los pliegos, justificándolo adecuadamente, la posibilidad de reducir el importe de la garantía definitiva, una vez ejecutada la obra y durante el período previsto para su explotación. Sin perjuicio de otros criterios que puedan establecerse en los pliegos, esta reducción será progresiva e inversamente proporcional al tiempo que reste de vigencia del contrato, sin que pueda suponer una minoración del importe de la garantía por debajo del 2 % del valor estimado del contrato (Art. 95.4 TRLCSP).

- En el caso de que la contratación se lleve a cabo previa firma de acuerdo marco con diversos empresarios, la garantía definitiva se constituirá en el momento en que son adjudicados los contratos específicos, calculada la cuantía sobre el importe de éstos.

[Doctrina 04 (C.10.04): Acuerdos Marco] “La garantía definitiva en si misma se vincula a cada contrato y se exige en función de cada uno de ellos, para responder del cumplimiento de las obligaciones que deriven de éste desde el momento en que se constituye como propuesto adjudicatario y como contratista. Sin embargo, en el caso del acuerdo marco, ya hemos dicho que no se configura por la Ley como un contrato, por tanto, no se debe exigir garantía a los empresarios que resulten adjudicatarios del mismo, refiriéndonos con ello, a los empresarios que puedan participar en los contratos que deriven del acuerdo marco, sino que la prestación de garantía definitiva deberá darse en el momento posterior en el que resulten adjudicatarios del contrato que se realice al amparo del acuerdo marco. Y ello es así, puesto que puede darse el caso de empresarios que resulten seleccionados en el acuerdo marco y que, sin embargo, luego no resulten adjudicatarios de ninguno de los contratos que se puedan celebrar basados en aquél, por lo que la garantía definitiva que deba prestar debe corresponder a estos contratos y no a su participación en el acuerdo marco.”-[MEH 36/2010](#)-].

- En los contratos de duración plurianual, la base sobre la cual se aplica el porcentaje de garantía definitiva será la correspondiente al importe de todas las anualidades del contrato.

[Doctrina 05 (C.10.05): Contratos de duración plurianual.] “Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende: 1º. Respecto a la corrección de la fianza constituida, de conformidad con lo previsto en el pliego, la garantía definitiva debería haberse calculado aplicando el 5 % sobre el precio total durante los doce años de vigencia del contrato, por lo que no es correcta la fianza constituida y aceptada por el Ayuntamiento. 2º. Dado que el Ayuntamiento ha dado por buena la garantía constituida y ha adjudicado definitivamente el contrato, no podrá exigirse la ampliación de la garantía en tanto no se revisa el acto citado, para lo cual deberán seguir-se los cauces previstos en el artículo 34 de la Ley.”-[MEH 42/2010](#) -.

“... Que el precio o importe de adjudicación de los contratos plurianuales viene determinado en función de su plazo de duración, esto es por la totalidad del importe de todas y cada una de las anualidades en que vayan a ejecutarse, debiéndose aplicar sobre este precio el (porcentaje) para fijar el importe de la garantía definitiva correspondiente...”-[MUR 01/2007](#)-].

Garantía Complementaria

“En casos especiales, el órgano de contratación podrá establecer en el pliego de cláusulas que, además de la garantía a que se refiere el apartado anterior, se preste una complementaria de hasta un 5 % del importe de adjudicación del contrato, pudiendo alcanzar la garantía total un 10 % del precio del contrato.” (Art. 95.2 TRLCSP).

Prevé así el TRLCSP la posibilidad de que en casos especiales, el órgano de contratación pueda establecer en el pliego de cláusulas que, además de la definitiva del 5%, se preste una **garantía complementaria de hasta un 5 % del importe de adjudicación** del contrato, pudiendo alcanzar así la totalidad de la garantía prestada un porcentaje de un 10 % del precio del contrato. Se considerarán por el artículo 59 del RGLCAP casos especiales, aquellos contratos en los que, dado el riesgo que asume el órgano de contratación por su especial naturaleza, régimen de pagos o condiciones del cumplimiento del contrato, resulte aconsejable incrementar el porcentaje de la garantía definitiva, lo que deberá acordarse en resolución motivada.

(Nota 01: El TLCAP preveía –Art. 36.4- la obligación de constituir una garantía definitiva del 20% cuando la proposición hubiera estado incurso inicialmente en presunción de temeridad. Cabe entender que en la actualidad, éste es uno de los supuestos para los que se puede prever la exigencia de garantía complementaria).

(Comentario 03: Ya bajo la vigencia del TRLCAP, en el que la garantía a constituir (definitiva + complementaria), podía alcanzar un 20% -ver nota anterior-, puso de manifiesto la JCCA del Estado -[MEH 044/1996](#)-, lo injusto que podía llegar a ser la situación en la que habiéndose ejecutado ya el contrato y recibida a satisfacción de la Administración, se hubiera de mantener tan alto porcentaje durante el periodo de garantía, propugnando ya entonces una modificación que permitiese reducir el mismo del 20% al entonces general del 4% del precio de adjudicación. A día de hoy, y bajo la lectura del reproducido artículo 95.2 del TRLCSP, la situación sigue siendo la misma, pues si bien el órgano de contratación puede establecer, hasta el límite del 5%, el porcentaje de la garantía

complementaria a exigir, la norma no le autoriza a prever la reducción del porcentaje una vez recibida la prestación).

Reposición de garantías

“En caso de que se hagan efectivas sobre la garantía las penalidades o indemnizaciones exigibles al adjudicatario, éste deberá reponer o ampliar aquélla, en la cuantía que corresponda, en el plazo de quince días desde la ejecución, incurriendo en caso contrario en causa de resolución.” (Art. 99.2 TRLCSP).

Reajuste de garantías

“Cuando, como consecuencia de una modificación del contrato, experimente variación el precio del mismo, deberá reajustarse la garantía, para que guarde la debida proporción con el nuevo precio modificado, en el plazo de quince días contados desde la fecha en que se notifique al empresario el acuerdo de modificación. A estos efectos no se considerarán las variaciones de precio que se produzcan como consecuencia de una revisión del mismo conforme a lo señalado en el Capítulo II del Título III de este Libro.” (Art. 99.3 TRLCSP).

Si bien para el supuesto de no reajuste de la garantía no prevé expresamente la norma igual consecuencia que para la no reposición, esto es, la resolución del contrato, las consecuencias del no reajuste deben ser las mismas, dado que sin el reajuste no podrá llevarse a cabo la formalización del contrato modificado que, según señala el artículo 219, debe efectuarse conforme lo dispuesto en el artículo 156 del TRLCSP.

El reajuste de la garantía parte de la existencia de variación en el precio del contrato, de ahí que tal y como indico la Junta Consultiva de Contratación del Estado en su informe [MEH_030/2000](#), ello obliga a descartar su aplicación a los supuestos de prórroga del contrato sin alteración de sus condiciones económicas.

La modificación del contrato supondrá en la mayoría de los casos aumento en el precio del contrato. Sin embargo es posible que en ocasiones tal modificación suponga la reducción del precio del contrato, en cuyo supuesto y tal y como puede deducirse de la lectura del artículo 99.3 del TRLCSP, también habrá de procederse a reajustar la garantía, en este caso reduciendo proporcionalmente el importe de la misma.

B- TIPOS DE GARANTÍAS ADMITIDAS. POSICIÓN JURÍDICA DEL FIADOR

B1.- Tipos de garantías admitidas

Contempla el artículo 96 TRLCSP, cuatro tipos de garantías (efectivo, valores de Deuda Pública, aval y seguro de caución) admisibles en los contratos celebrados con las Administraciones Públicas, permitiendo además, para determinados tipos de contrato, la posibilidad de constituirla mediante retención en precio.

La relación contenida en el artículo 96 constituye “*numerus clausus*”, no siendo admisibles otras modalidades de garantía como la hipoteca, el derecho de prenda, etc, ni otros modos de caución complementarios que refuercen la garantía definitiva a constituir, aunque en este último caso se admiten ciertas excepciones.

[Doctrina 06 (C.10.06): Posibilidad de que el órgano de contratación requiera otro tipo de garantías a mayores de la prevista como garantía definitiva: “ (...) Las explicaciones dadas por el órgano de contratación en su informe, en cuanto que la citada póliza lo que pretende es “cubrir la responsabilidad civil sobre los daños causados durante la prestación del servicio en las personas o en los bienes muebles e inmuebles objeto de al actividad contratada”, permiten afirmar que su objeto es reforzar la garantía definitiva a que se refiere el 95 del TRLCSP antes reproducido. El artículo 100 del TRLCSP dispone en su letra b) que la responsabilidad de la garantía definitiva alcanza a “la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato, 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”, o lo que es lo mismo a los riesgos derivados de la realización de los servicios objeto del contrato. Así las cosas, puede entenderse que la póliza de responsabilidad exigida en el caso presente cumple la misma finalidad que la garantía definitiva pero sin cumplir el requisito de limitación de su cuantía que, (...), se establece en el artículo 95 del TRLCSP, sería una exigencia no ajustada a la Ley y por este motivo tendría que ser excluida del pliego de condiciones técnicas particulares.

Lo expuesto anteriormente no significa, como ya se indicó en la citada resolución 130/2011, “que en ningún caso sea admitida la posibilidad de que los órganos de contratación exijan en los PCAP la suscripción de pólizas de seguro con la finalidad de garantizar determinados daños que se puedan sufrir por el órgano de contratación o por terceras personas como consecuencia de la ejecución de un determinado contrato. Por el contrario, tal posibilidad existe cuando se trata de contratos que tengan por objeto prestaciones que impliquen un especial riesgo de que sufran daños las personas o las cosas, en este último caso, de modo muy especial las que constituyan el objeto mismo de la prestación. Tal sería el caso de transporte o restauración de obras de arte o de otros similares, en los que por la propia naturaleza del contrato surge el riesgo cierto de pérdida de la cosa o de daños a terceras personas. Nada impide en tales casos que el órgano de contratación imponga como condición de ejecución la suscripción de una póliza de seguro que tenga por objeto cubrirlo del riesgo de pérdida o de responsabilidad frente a terceras personas. (...) Sin embargo, [fuera de supuestos como los mencionados] la exigencia de tales pólizas no puede considerarse admisible, pues para responder de la correcta ejecución del contrato y demás gastos y daños en que pueda incurrir la Administración por esa causa, debe bastar la garantía definitiva exigida en la Ley” -[TA CENTRAL 126/2012](#)-]

La constitución de la garantía se ajustará en cada caso a los modelos que figuran en los anexos del RGLCAP, o en los pliegos.

La acreditación de la constitución de la garantía podrá hacerse mediante medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que en el pliego se establezca lo contrario.

(Nota 02: Según redacción actual del artículo 96.3 TRLCSP introducida por la Ley 14/2013 de emprendedores. Redacción anterior: “3. Cuando así se prevea en el pliego, la acreditación de la constitución de la garantía podrá hacerse mediante medios electrónicos, informáticos o telemáticos”).

(Nota 03: Como ya quedo anotado en el apartado primero, al régimen de las garantías, en lo no previsto en la Ley o Reglamento de contratación, le son de aplicación las normas contenidas en el [Real Decreto 161/1997, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos](#), y en los supuestos de formalización de la garantía mediante seguro habrá de considerarse, en lo no previsto en el TRLCSP, lo dispuesto en la [Ley 50/1980, de 8 de octubre de Contrato de Seguro](#), y, el [Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados](#)).

Efectivo

La entrega se llevará a cabo mediante ingreso en bancos, cajas de ahorros y cooperativas de crédito a favor de la Administración contratante. No devengarán interés alguno a favor de su titular.

Deuda Pública

El TRLCSP (Art. 96) limita la constitución de la garantía en valores a la de Deuda Pública, a diferencia del TRLCAP que admitía también los valores privados.

(Nota 04: Habrá de tenerse en cuenta que la regulación del artículo 55 RGLCAP hace referencia también a estos tipos de valores privados, hoy en día no contemplados en el TRLCSP).

Los valores de Deuda Pública objeto de garantía deberán en la fecha de la inmovilización:

- a. Tener un valor nominal igual o superior a la garantía exigida.
- b. Tener un valor de realización igual o superior al 105% del valor de la garantía exigida.
- c. Estar libres de toda carga o gravamen, no pudiendo posteriormente quedar gravados por ningún otro acto o negocio jurídico que perjudique la garantía durante la vigencia de ésta.

La inmovilización registral de los valores se realizará de conformidad con la normativa reguladora de los mercados en los que se negocien, debiendo inscribirse la garantía en el registro contable en el que

figuren anotados dichos valores, conforme a los dispuesto en la normativa reguladora del Mercado de Valores.

Los rendimientos generados por los valores no quedarán afectos a la garantía constituida.

Aval

Establecen los artículos 96.1.b TRLCSP y 56 RGLCAP las características que debe reunir el aval para su admisión como garantía:

- a. Ha de ser prestado 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.
- b. El aval debe ser solidario respecto al obligado principal, con renuncia expresa al beneficio de excusión y pagadero al primer requerimiento de la Caja General de Depósitos o establecimientos públicos equivalentes de las comunidades autónomas o entidades locales contratantes.
- c. El aval será de duración indefinida, permaneciendo vigente hasta que el órgano a cuya disposición se constituya resuelva expresamente declarar la extinción de la obligación garantizada y la cancelación del aval, (no así en la garantía provisional). La Administración vendrá obligada a efectuar dicha declaración si concurren los requisitos legalmente establecidos para considerar extinguida la obligación garantizada.

[Doctrina 07: Véase la interesante sentencia [STSJ LR 517/2011](#). En el supuesto analizado por la misma, el aval, sin que la Administración se hubiera percibido de ello, fue constituido por plazo determinado. Ya cumplido el plazo de vigencia del aval se resuelve el contrato por causa imputable al contratista, pretendiendo la Administración su ejecución a lo que se opone el avalista. El Tribunal de instancia señala que “... una vez aceptado el aval, tal y como fue prestado, sin la debida diligente observancia por parte de la Administración, considera que no puede incautar el aval, por haber superado el plazo de vigencia establecido en el contrato.” Ahora bien, apelada la sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, subraya que el texto del aval “...de forma expresa, señala la aplicación de los artículo 36 del RDL 2/2000, de 16 de junio y el artículo 56 del RD 1098/2001, de 12 de octubre”, resultando que el citado artículo 56 del RGLCAP establece que “...el aval será de duración indefinida, permaneciendo vigente hasta que el órgano a cuya disposición se constituya resuelva expresamente declarar la extinción de la obligación garantizada y la cancelación del aval,...” por lo que en “... aplicación el artículo 1255 del Código Civil conforme al cual los contratantes no pueden establecer pactos, cláusulas y condiciones que sean contrarias a las leyes, por tanto, la limitación temporal del aval ha de tenerse por no puesta, al resultar evidentemente contradictoria con la ley expresamente reflejada en el propio contrato”, concluyendo que, en consecuencia, es conforme a derecho la incautación del aval efectuada por la Administración contratante].

Las entidades avalistas, autorizadas para operar en España, habrán de cumplir (Art. 56 y 58 RGLCAP), además, los siguientes requisitos:

- a. No encontrarse en situación de mora frente a la Administración contratante como consecuencia del impago de obligaciones derivadas de la incautación de anteriores avales. A este efecto, la Administración podrá rehusar la admisión de avales provenientes de bancos o entidades que mantuvieren impagados los importes de avales ya ejecutados treinta días naturales después de haberse recibido en la entidad el primer requerimiento de pago.
- b. No hallarse en situación de suspensión de pagos o quiebra.
- c. No encontrarse suspendida o extinguida la autorización administrativa para el ejercicio de su actividad.
- d. Los avales deberán ser autorizados por apoderados de la entidad que tengan poder suficiente para obligarla, debiendo los poderes ser bastanteados previamente – y así se hará constar en el texto del aval- y por una sola vez por la Asesoría Jurídica de la Caja General de Depósitos o por la Abogacía del Estado de la provincia cuando se trate de sucursales o por los órganos equivalentes

de las Comunidades Autónomas o Entidades locales contratantes. No obstante, si el poder se hubiere otorgado para garantizar al interesado en un concreto y singular procedimiento y forma de adjudicación o contrato, el bastateo se realizará con carácter previo por el órgano que tenga atribuido el asesoramiento jurídico del órgano de contratación.

Seguro de Caución

El seguro de caución habrá de ser otorgado por una entidad aseguradora autorizada para operar en España en el ramo del seguro de caución. Las entidades aseguradoras (Art. 96.1.c TRLCSP y 57 RGLCAP) habrán de cumplir los mismos cuatro requisitos vistos con anterioridad para las entidades avalistas (**Nota 05:** Evidentemente lo que para éstas es “...incautación de anteriores avales...” o “...autorización de avales por apoderados...”, etc. será para las compañías de caución “...incautación de anteriores seguros de caución...”, “...autorización de certificados de seguro de caución...”, etc.). El cumplimiento de estos requisitos se acreditará por declaración responsable de la entidad aseguradora según el modelo que figura en el anexo VI del RGLCAP.

Además, le es aplicable al seguro de caución el siguiente régimen (Art. 97.3 TRLCSP y 57.2, 3 y, 4 RGLCAP):

- a. Tendrá la condición de tomador del seguro el contratista, y la de asegurado la Administración contratante.
- b. Surtirá efectos hasta que el asegurado, o quien actúe en su nombre, autorice expresamente su cancelación o devolución.
- c. El plazo de duración del seguro de caución como garantía en el ámbito de la contratación de las Administraciones públicas será el de la obligación u obligaciones garantizadas. Si la duración de éstas superase los diez años, el contratista vendrá obligado a prestar nueva garantía durante el último mes del plazo indicado, salvo que se acredite debidamente la prórroga del contrato de seguro.
- d. El asegurador asume el compromiso de indemnizar al asegurado al primer requerimiento de la Caja General de Depósitos o de las cajas o establecimientos públicos equivalentes de las comunidades autónomas o Entidades locales contratantes, en los términos establecidos en la Ley.
- e. El asegurador no podrá utilizar el beneficio de excusión previsto en el Art. 1830 y siguientes del Código Civil. (Art. 1830 C.C.: “El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor.”).
- f. El asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro.
- g. La garantía deberá constituirse en forma de certificado individual de seguro, con la misma extensión y garantías que las resultantes de la póliza. Dicho certificado individual deberá hacer referencia expresa a que la falta de pago de la prima, sea única, primera o siguientes, no dará derecho al asegurador a resolver el contrato, ni éste quedará extinguido, ni la cobertura del asegurador suspendida, ni éste liberado de su obligación, caso de que el asegurador deba hacer efectiva la garantía, así como a que el asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro.

Señalar por último, que ni las entidades de seguro se encuentran facultadas para prestar aval, ni las entidades de crédito seguros de caución.

[Doctrina 08 (C.10.07): Las entidades de seguro no se encuentran facultadas para prestar aval, ni las entidades de crédito seguros de caución. “Por lo expuesto la JCCA entiende que, a partir de la entrada en vigor de la LCAP (idem TRLCSP) las Entidades

aseguradoras no pueden constituir garantías provisionales ni definitivas mediante aval, sino mediante seguro de caución, modalidad esta última que les está atribuida en exclusiva, tanto por la citada LCAP, como por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados).” - [MEH 11/1996](#)-.]

Retención en precio

“Cuando así se prevea en los pliegos, la garantía en los contratos de obras, suministros y servicios, así como en los de gestión de servicios públicos cuando las tarifas las abone la administración contratante, podrá constituirse mediante retención en el precio. En el pliego se fijará la forma y condiciones de la retención.” (Art.96.2 TRLCSP).

Hasta la modificación introducida en el artículo 96.2 del TRLCSP por la Ley de Emprendedores, se excluía la posibilidad de que la garantía se constituyese mediante retención en el precio en los contratos de obra y concesión de obra.

B2.- Posición jurídica el fiador

De las cinco posibilidades de formalización de las garantías previstas en la Ley, en dos de ellas –aval y seguro de caución- interviene un tercero –avalista o asegurador- ajeno a la relación Administración/contratista.

La fianza que han de prestar la entidad financiera o aseguradora se somete a un estricto régimen en todo favorable a la posición de la Administración contratante, y que se concreta en la necesidad de indemnización a primer requerimiento, no oponibilidad del beneficio de excusión o la falta de pago de la prima, etc., -ver en el anterior subapartado lo señalado respecto al seguro de caución igualmente aplicable a la garantía prestada mediante aval por una entidad financiera-.

Con todo, al fiador se le reconoce una serie de facultades para la defensa de sus derechos e intereses legítimos que se concretan en:

- a. El aval o seguro constituido sólo podrá ser objeto de incautación en caso de existencia de responsabilidades derivadas del contrato afianzado, no pudiendo dirigirse contra las mismas providencia de embargo dictada por órgano jurisdiccional o administrativo que traigan su origen en asuntos distintos a aquel objeto de la fianza (Art. 65.3 RGLCAP, a contrario sensu).
- b. El avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada, en los términos previstos en la LRJPAC, de 26 de noviembre (Art. 97.2 TRLCSP).

Respecto a este último apartado cabe señalar que la LRJPAC, no establece una regulación específica aplicable al avalista o asegurador, sino que engloba su posición dentro del concepto de interesado (Art. 31 LRJPAC).

Lo que si permite el reproducido artículo 97.2 TRLCSP es afirmar la necesidad de intervención del avalista o asegurador en todo procedimiento en el que la garantía por el prestada pueda verse afectada, independizando así su figura de la del contratista, pues en efecto, de la lectura de otros preceptos del TRLCSP y del RGLCAP, cabría llegar a la conclusión de que la participación de avalista o asegurador en un procedimiento en el que pueda verse afectada la fianza prestada, pende de la voluntad de oposición por

parte del contratista a la medida adoptada por la Administración, cuando no cabe incluso deducir que la norma excluye la participación del fiador.

Así ocurre con la redacción dada al artículo 213.1 del TRLCSP (*“En el supuesto a que se refiere el artículo anterior [Resolución por ejecución defectuosa o demora], si la Administración optase por la resolución ésta deberá acordarse por el órgano de contratación o por aquel que tenga atribuida esta competencia en las Comunidades Autónomas, sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.”*), o por el RGLCAP, el cual, si bien sí señala como requisito necesario, el trámite de audiencia del avalista o asegurador cuando se proponga la incautación de la fianza, tal previsión se contempla sólo (Art.109 RGLCAP) para aquellos supuestos en que la incautación de la fianza deriva de la resolución del contrato. Recordemos al respecto —y ello será objeto de estudio en el [apartado 2. D.- Responsabilidades a las que están afectas las garantías definitivas](#)—, que la resolución del contrato no es el único supuesto en que la garantía prestada puede verse afectada.

La necesidad de dar audiencia al avalista o asegurador, ha sido señalada en reiterados dictámenes, —[DCE 173/2010](#); [DCE 1246/2009](#); [DCE 1196/2007](#); [DCE 188/2003](#)— por los distintos consejos consultivos, si bien sólo referida a la incautación de la garantía con ocasión de la resolución del contrato, por otra parte únicos supuestos en que es preceptiva la intervención de tales órganos sobre asuntos que conllevan aquella incautación.

En su dictamen [CC MAD 015/13](#), el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid va más allá, y considera que ante una propuesta de resolución contractual, el avalista no sólo debe ser notificado respecto a la existencia de tal propuesta, sino también de cualquier incidencia del procedimiento, y así, aun cuando en su momento el avalista o asegurador no hubiese formulado alegaciones en el trámite de audiencia, debe de notificársele al avalista el acuerdo de suspensión del plazo para resolver y notificar la resolución, y dado que en el supuesto analizado, dicha comunicación no tuvo lugar, considera el Consejo que carece de virtualidad suspensiva el acuerdo de suspensión del procedimiento.

Por su parte el informe [MEH 036/1999](#), considera parte interesada en los procedimientos que afectan al aval, al *contraevalista*, siempre que su posición haya sido comunicada al órgano de contratación y tomada en consideración en el momento de constituir la fianza.

C.- FORMALIZACIÓN DE LA GARANTÍA

En el punto anterior ya se ha hecho referencia a varios de los requisitos que habrán de observarse en la formalización de la garantía definitiva, que podemos resumir en:

- a. La constitución de la garantía se ajustará en cada caso a los modelos que figuran en los pliegos o anexos del RGLCAP, y en el caso de inmovilización de Deuda Pública, al certificado correspondiente según su normativa específica (Art. 61.4 RGLCAP).
- b. La garantía se depositará en la Caja General de Depósitos o en alguna de sus sucursales, o en las Cajas o establecimientos públicos equivalentes de las comunidades autónomas o entidades locales contratantes ante las que deban surtir efectos (Art. 61.2 RGLCAP), acreditando su constitución mediante la entrega al órgano de contratación del resguardo expedido por aquellos (Art.61.3 RGLCAP). Tratándose de contratación en el extranjero, las garantías se constituirán en la Representación Diplomática o Consular correspondiente (D.A. 1ª TRLCSP y Art.61.6 RGLCAP).
- c. Salvo que el pliego se establezca lo contrario, la acreditación de la constitución de la garantía podrá hacerse mediante medios electrónicos, informáticos o telemáticos (Art. 96.3 TRLCSP).

Además:

- d. La garantía definitiva deberá constituirse y acreditarse en el plazo de diez días hábiles a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento en tal sentido. La normativa autonómica podrá establecer un plazo mayor sin que exceda de veinte días hábiles (Art. 151.2 TRLCSP). De no cumplirse esta exigencia por causas imputables al licitador, la Administración no efectuará la adjudicación a su favor, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 151.2. *(De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas).*

En cualquier caso, no cabe excluir al licitador por no haber cumplimentado debidamente el requerimiento de constitución de la garantía definitiva en plazo, cuando tal error se debe a la redacción confusa de la cláusula del pliego ([TA CENTRAL 225/2013](#)), o del requerimiento de aportación de la garantía ([TA MAD 033/2014](#)).

[**Doctrina 08 bis:** Pero incluso la doctrina del los Ts. As., va más allá. Así, la resolución [TA CENTRAL 469/2014](#), analiza un supuesto en el que al serle requerida la documentación necesaria para la formalización del contrato al licitador propuesto como adjudicatario, el mismo presenta el propio documento de garantía y no el resguardo acreditativo de haberla depositado en la Caja General de Depósitos como establece la norma. El TACRC no admite el argumento del recurrente que considera que ni el PCAP, ni el requerimiento hacían referencia a tal obligación, y en consecuencia la oscuridad en tales documentos no podría operar en su perjuicio: “según el art. 115 del TRLCSP, “en el PCAP se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta ley y sus normas de desarrollo”, lo que, evidentemente, no significa que las cargas y obligaciones impuestas a los licitadores directamente por la ley que no estén incluidas en el pliego no sean exigibles,…” Sin embargo, si estimara el recurso contra la exclusión, al considerar que: “...en aplicación del principio de proporcionalidad, no cabe entender que la actuación de la empresa adjudicataria en el trámite del artículo 151.2 del TRLCSP implique la retirada de su oferta y su necesaria e inevitable exclusión de la licitación, pues la exclusión de licitadores por defectos en documentación administrativa es una medida excepcional que, por sus efectos restrictivos de la concurrencia, se ha de aplicar de forma estricta, máxime cuando dicha exclusión ha de afectar, como es el caso, al licitador que presentó la oferta económicamente más ventajosa. Las previsiones legales sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos para contratar deben entenderse, como expone la Resolución de este Tribunal 255/2012, de 14 de noviembre, en el contexto del principio de interpretación restrictiva de las limitaciones a la concurrencia competitiva, que ya ha sido reconocido en reiteradas ocasiones por la Jurisprudencia (...)”

Véase sin embargo como en un supuesto con ciertas similitudes, el TACRC en su resolución [TA CENTRAL 309/2014](#) considera ajustada a derecho la exclusión del propuesto como adjudicatario, si bien –y aquí estriba la diferencia con el supuesto anterior–: “en este caso no cabe imputar el error al órgano de contratación. El requerimiento era en este sentido claro, indicando sin lugar a dudas cuál era el órgano a favor del cual debía constituirse la garantía y las formas para hacerlo.”].

El TRLCSP establece las consecuencias de la retirada de la oferta por el licitador, que por referirse fundamentalmente a responsabilidades que afectan a la garantía provisional, se estudian en el apartado correspondiente a ésta.

- e. El adjudicatario podrá aplicar el importe de la garantía provisional a la definitiva o proceder a una nueva constitución de esta última (Art.103.5 TRLCSP).
- f. En el caso de que la oferta sea presentada por una Unión Temporal de Empresas, se aplicará lo previsto en el artículo 61.1.b. del RGLCAP para la garantía provisional, de modo tal que la misma podrá ser constituida por una o varias de las empresas participantes en la UTE, siempre que en conjunto se alcance la cuantía requerida y garantice solidariamente a todos los integrantes de la unión temporal.

[**Doctrina 09 (C.10.08):** En las garantías definitivas a constituir por UTEs, es aplicable el criterio previsto para las garantías provisionales en el artículo 61.1 del RGLCAP. “...permite aplicar a las garantías definitivas la solución expresamente prevista para las garantías provisionales en el artículo 61.1 del RGLCAP en el sentido de que “en el caso de uniones temporales de empresarios, las garantías provisionales podrán constituirse por una o varias de las empresas participantes, siempre que en conjunto se alcance la cuantía requerida en el artículo 35 de la Ley y garantice solidariamente a todos los integrantes de la unión temporal.

La circunstancia de que el precepto reglamentario transcrito se limita a citar a las garantías provisionales no puede oscurecer que en las garantías definitivas, cumpliéndose ambos requisitos de alcanzar la cuantía legalmente prevista y de garantizar solidariamente a todos los integrantes de la unión temporal, se debe aplicar la misma regla de que las garantías definitivas puedan constituirse por una o varias de las empresas participantes, ya que ello no es más que una consecuencia de la carencia de personalidad de la unión temporal,... “-MEH_50/2006-].

- g. Cuando la garantía se constituya mediante retención del precio se llevará a cabo en el primer abono o, en su caso, en el pago del importe total del contrato (Art. 61.5 RGLCAP).
- h. Hallándose en ejecución el contrato, el plazo para reponer o reajustar la garantía definitiva, será de quince días naturales a contar desde la ejecución de la garantía (reposición) o desde que le es notificado al contratista el acuerdo de modificación -reajuste- (Art.99 TRLCSP).

D.- RESPONSABILIDADES A LAS QUE ESTÁN AFECTAS LAS GARANTÍAS DEFINITIVAS

Establece el **artículo 100 TRLCSP** que la garantía definitiva responderá:

D1.- De las penalidades impuestas al contratista conforme al artículo 212 TRLCSP por ejecución defectuosa y demora.

Las penalidades por cumplimiento defectuoso y/o incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato administrativo deberán, encontrándose previstas en los pliegos o el documento contractual, ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10% del presupuesto del contrato (Art. 212.1 TRLCSP).

Las penalidades por demora –cuando el órgano de contratación no opte por la resolución del contrato– se impondrán en la proporción de 0,20 euros diarios por cada 1.000 euros del precio del contrato, salvo que el órgano de contratación, atendiendo a las características especiales del contrato prevea en el pliego de cláusulas administrativas particulares la imposición de otras distintas (Art. 212.4 TRLCSP).

[Doctrina 09 bis (C.10.09): Según opinión mayoritaria de la doctrina, no cabe imponer penalidades por demora una vez ejecutado el contrato. “En definitiva, no es conforme a Derecho que la Administración, una vez ejecutada la obra, imponga penalidades por retraso cuando ha podido ir verificando durante el plazo en que se realizan las obras los retrasos en su ejecución, iniciando, en su caso, el correspondiente expediente administrativo sin hacerlo, pues del artículo 137 del Reglamento General de Contratación (Art. 98 y ss. RGLCAP) se deduce que se pueden imponer penalidades una vez se incurra en mora, pero no una vez finalizada la obra, ya que, como queda dicho, su finalidad es intimar el debido cumplimiento, tesis que viene avalada por el artículo 96 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Art. 214 TRLCSP)”. [STSJ CAT 2036/2006](#). En el mismo sentido la sentencia [SAN 1051/2012](#).

También en este sentido el informe [VAL 08/11](#) – de la Junta Consultiva de la Comunidad Valenciana: “...Por todo ello lejos de intentar resolver la cuestión por la vía de la acción personal del Código Civil y su prescripción, entre otras cosas porque no nos encontramos ante el supuesto regulado en dicho precepto, si manifestamos que hay un plazo claramente establecido en la legislación de contratos aplicable, sin recurrir a artificios innecesarios. Este plazo es el de finalización de las obras, en primer término, es decir su recepción. En este supuesto hemos de significar que la recepción si es de conformidad con las obras realizadas y a total satisfacción de la Administración, sin hacer observaciones en el acta sobre los retrasos producidos y la imputabilidad del contratista, no cabría en ningún caso reabrir un expediente de penalidades. Ahora bien, si las obras se recepcionan en fecha distinta a la prevista inicialmente imputándose por ello al contratista un retraso que debe consignarse con exactitud en el acta y, además, consignando que obedecen a causas imputables al contratista; esta demora podrá ser exigible en el periodo de garantía y liquidación. Ahora bien este último plazo hasta la liquidación no se ejercita esta imputación por demora, una vez liquidadas las obras, no existe ya responsabilidad del contratista, por lo que es impensable poder ejercitar cualquier acción y menos aún la acción personal del Código Civil. Dicho de otro modo recibidas las obras de conformidad y liquidadas las mismas sin inconveniente alguno por parte de la Administración contratante, queda exento de responsabilidad el contratista, sin que pueda una vez transcurridos estos actos reabrirse ningún expediente de imposición de penalidades, pues no es de aplicación alguna el artículo 1964 del Código Civil.”

En sentido contrario cabe señalar la sentencia [STSJ CL 1282/2012](#): “Es muy dudoso que la potestad de la Administración contratante para penalizar una demora en el plazo de ejecución deba ser ejercitada dentro del marco temporal de realización de la obra, pues aquella no deja de ser una alternativa a la resolución del contrato de conformidad con lo previsto... [en la norma]... y aunque persigue

el objetivo de compeler a la contratista al cumplimiento de su obligación principal, no es menos cierto que es un derecho de la Administración que puede ejercitar al momento de conceder la prórroga o antes de la terminación del contrato, concepto este último distinto al de conclusión de la obra y que va más allá de la fechas de esta. Por lo demás, ni... [la ley]..., imponen necesariamente una solución de la índole que propone la parte demandante y cuando el artículo 99 de ese reglamento trata de la efectividad de las penalidades establece dos posibilidades: sobre las certificaciones de obra (pagos parciales) o sobre la garantía de conformidad con el artículo 43.2 del RDL 2/2000, es decir, cuando no se dedujeron de las certificaciones. En cualquier caso, no existe apoyo legal o reglamentario para establecer un plazo de caducidad del derecho a penalizar por razón de la demora, lo que impide hablar de preclusión.”].

D2.- De los gastos, daños y perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación de ejecutar de modo adecuado el contrato.

La aplicación y pago de las penalidades a las que se hace referencia en el subapartado anterior, no excluye que el contratista deba, además, indemnizar los gastos originados a la Administración por su demora 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 (Art.100.b y artículo 99.2 RGLCAP).

De igual modo será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato (Art.214 TRLCSP).

(Nota 06: Frente a una situación dañosa derivada de la ejecución del contrato administrativo, el tercero podrá optar por:

- a) Reclamar exclusivamente contra el contratista a través de la jurisdicción civil;
- b) Reclamar directamente contra la Administración conforme a lo previsto en el *Real Decreto 429/1993 por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial*;
- c) Conforme a la posibilidad prevista en el artículo 214.3 TRLCSP, dirigirse a la Administración para que sea esta quien determine si es ella o el contratista quien debe responder del perjuicio causado. La resolución que ésta dicte supondrá que:
 - c1) La Administración asuma la responsabilidad, abriéndose entonces un nuevo procedimiento de responsabilidad patrimonial con el objeto de cuantificar los daños ocasionados ó,
 - c2) Que la Administración impute la responsabilidad al contratista pudiendo entonces el tercero:
 - c.2.1.) Dirigirse contra aquel en vía civil ó,
 - c.2.2.) Impugnar la resolución administrativa en vía contencioso-administrativa solicitando se declare la responsabilidad de la Administración).

D3.- De los daños y perjuicios causados cuando se resuelva el contrato por incumplimiento culpable del contratista.

“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.”
(Art.225.3 TRLCSP)

Es evidente la existencia de una cierta contradicción entre el contenido del artículo 225.3 TRLCSP reproducido y el artículo 100.c). TRLCSP:

“La garantía responderá de los siguientes conceptos:.. c. De la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido.”(Art. 100.c TRLCSP).

En efecto, en tanto del artículo 225.3 parece desprenderse que la indemnización se limita a los daños y perjuicios efectivamente causados, devolviéndose en su caso al contratista el resto del importe de la garantía, si aquellos son inferiores a ésta, de la lectura del artículo 100.c). TRLCSP cabe concluir que la “...incautación...” lo será por la totalidad del importe de la garantía definitiva, y tendrá lugar aunque el importe de los daños y perjuicios fueran inferiores a aquellos.

El artículo 113.4 TRLCAP, al que vino a sustituir el artículo 208.3 de la LCSP, de igual redacción al actual 225.3 TRLCSP no dejaba lugar a dudas en cuanto al carácter cumulativo de ambos efectos: “*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.*” Se contemplaba así una consecuencia doble; un efecto de aplicación inmediata -pérdida de la garantía-, y otro -indemnización de daños y perjuicio-, que requería una operación de cuantificación previa, de modo tal que si el importe resultante del cálculo fuera superior a la garantía incautada, el contratista debería hacer frente a tal exceso, en tanto en caso contrario, no habría lugar a la devolución del exceso incautado, haciendo suya la Administración la totalidad de la garantía.

A día de hoy, la doctrina de los Consejos Consultivos se encuentra dividida respecto a considerar o no el carácter no cumulativo y no sancionador de la incautación de la garantía definitiva.

[Doctrina 10 / Comentario 04 (C.10.10): Incautación de la garantía e indemnización de daños y perjuicios. La doctrina del Consejo de Estado sobre el tema parecía en un primer momento continuar siendo la misma a la contemplada en el TRLCAP –ver nota anterior-, puede verse en este sentido el dictamen [DCE 1979/2009](#). En dictámenes posteriores -[DCE 186/2011](#)- pareció iniciar un cambio de posición para, en la actualidad, de modo indiscutible, considerar que la incautación e la garantía se habrá de limitar al importe correspondiente a los daños y perjuicios causados, y así en su dictamen [DCE 352/2013](#): “*Frente a lo dispuesto en el artículo 113.4 del derogado texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la que se preveía la incautación de la garantía definitiva como un efecto asociado automáticamente a la resolución contractual por incumplimiento de la contratista, el artículo 208.3 de la Ley 30/2007 circunscribe las consecuencias de ese tipo de resolución a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, la cual ha de hacerse primero efectiva sobre la garantía constituida, subsistiendo la responsabilidad contractual en lo que exceda de su importe. Al contrario, ello supone que, de ser superior el importe de la fianza al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma remanente tras hacerse efectiva la correspondiente indemnización*”. En igual sentido [DCE 1121/2012](#).

Igual evolución cabe constatar en la postura del Consejo Consultivo de Madrid, inicialmente favorable a la incautación de la totalidad de la fianza sean cuales fueran los daños y perjuicios causados ([CC MAD 153/2010](#); [CC MAD 051/2011](#); [CC MAD 544/2011](#)). En la actualidad sin embargo la postura mantenida es la contraria, esto es, entiende que no cabe la incautación automática de la garantía definitiva, debiéndose determinar previamente la cuantía de los daños y perjuicios ocasionados, que deberán ser por los que responda la garantía ([CC MAD 657/2012](#); [CC MAD 658/2012](#); [CC MAD 659/2012](#); [CC MAD 660/2012](#); [CC MAD 670/2012](#); [CC MAD 675/2012](#); [CC MAD 011/2013](#); [CC MAD 014/2013](#).-Alguna de ellas con voto particular en contra-).

Posiblemente haya sido el Consejo Consultivo de Castilla la Mancha el primero en posicionarse a favor del efecto limitado de la incautación de la garantía definitiva, y así en su dictamen [CC CLM 180/2011](#): “*En la actualidad el artículo 208.3 de la LCSP (225.3 TRLCSP) dispone que “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”. (...) Según este precepto desaparece el carácter de cláusula penal de incautación de la garantía prestada y sólo se prevé el deber de resarcimiento del contratista, en caso de incumplimiento culpable, de los daños y perjuicios causados, que se harán efectivos, en primer término, sobre la garantía. (...) A la luz del tenor literal de la nueva normativa -aplicable al presente supuesto-, y aun sin contar en la actualidad con jurisprudencia que haya analizado el significado de dicho precepto que ha levantado cierta polémica doctrinal, en el caso examinado la incautación de la fianza no procedería de modo automático y directo en su totalidad una vez dictada la eventual resolución tal como pretende el organismo proponente, sino que quedaría vinculada en su cuantía a la determinación de los reales daños y perjuicios que por la situación de incumplimiento se hubieran irrogado a la Administración, por lo que procedería previamente la determinación y cuantificación de los mismos. Para ello el órgano de contratación, en decisión motivada y previa audiencia del contratista, habría de determinar la indemnización exigible que normalmente comprendería los conceptos derivados del retraso de la ejecución contractual y los que acarrearía la nueva licitación del*

contrato inconcluso, así como los derivados, en su caso, de la eventual ejecución imperfecta.”

En igual sentido otros dictámenes posteriores del mismo Consejo Consultivo ([CC CLM 93/2012](#), [CC CLM 54/2012](#)), así como de los Consejos Consultivos de Castilla y León ([CC CyL 301/2012](#)), Comunidad Valenciana ([CC_VAL_170/2009](#)); Islas Baleares ([CC BAL 031/2011](#)); La Rioja ([CC RIO 003/2010](#)); Asturias ([CC AST 138/2012](#); [CC AST 290/2012](#)).

Sin embargo, y en sentido contrario, esto es, favorable a la incautación automática de la garantía con independencia de la cuantía de los daños y perjuicios causados se muestran los Consejos Consultivos de Andalucía ([CC_AND_159/2013](#)), Aragón ([CC ARA 163/2012](#)), Canarias ([CC CAN 447/2012](#)); Cataluña ([CC_CAT_149/2011](#)), Galicia ([CC GAL 575/2012](#)) y País Vasco ([CC PV 261/2011](#)).

Supuesto atípico supone la doctrina del Consejo Jurídico de la Región de Murcia que, partiendo de una posición favorable al carácter no cumulativo de incautación e indemnización ([CC MUR 147/2011](#)), evoluciona hacia una posición favorable a tal acumulación ([CC MUR 261/2012](#)).

En cualquier caso, la generalidad de los Consejos Consultivos sí consideran que la Administración se encuentra facultada a retener la garantía en tanto no se proceda al cálculo de los daños causados.

Nota: Véase sobre esta cuestión: [La garantía definitiva en la legislación de contratos públicos. Su problemática incautación en la doctrina de los consejos consultivos](#). Carlos Yañez Díaz. Jornada sobre contratación pública. 2013.

Nota: Sorprende la sentencia [STSJ MU 394/2012](#), pues enjuiciando un supuesto al que le es de aplicación el TRLCAP, reinterpreta lo que sí parece estar claro en esa norma— incautación de garantía más indemnización de daños y perjuicios en lo que exceda-, y aplicando igual criterio que el sostenido actualmente por el Consejo de Estado, Consejo Consultivo de Madrid, Castilla- La Mancha, etc., exige a la Administración el cálculo de los daños y perjuicios causados *“a fin de decidir si el contratista ha de indemnizar en mayor importe que el correspondiente a la fianza o si debe reintegrar a aquél el exceso de fianza incautada.”*

Comentario: Sobre esta cuestión, a mi entender, lo cierto es que el contenido del artículo 225.3 TRLCSP, aunque similar al 113.4 TRLCAP, mantiene diferencias sustanciales con el mismo: No prevé así el TRLCSP aquel doble efecto acumulativo inmediato (incautación de la garantía) y mediato (cuantificación e indemnización de los daños y perjuicios cuantificados) que sí contemplaba el TRLCAP sino un mandato único, el de indemnizar los daños y perjuicios causados, los cuales, una vez calculados, se harán efectivos en primer lugar sobre la garantía, sin perjuicio de que de ser ésta insuficiente, subsista la responsabilidad del contratista, por lo que, a *contrario sensu*, debería interpretarse que de cuantificarse la responsabilidad del contratista como menor a la de la garantía constituida, habrá de incautarse solo la parte correspondiente a los daños y perjuicios producidos, procediendo a la devolución del resto.

No contradice esa afirmación, más bien la confirma, otras disposiciones del TRLCSP, en la que la resolución por incumplimiento culpable del contratista sí da lugar de forma automática a la incautación de la garantía, pues tales efectos son específicos de supuestos concretos (nótese la diferencia de redacción), y así:

- Resolución del contrato de concesión de obra pública. Art.271.4 TRLCSP *“Cuando el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario, le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada”.*
- Resolución del contrato de servicios (elaboración de proyectos) Art. 310.3 LCSP *“En el primer caso [resolución del contrato] procederá la incautación de la garantía y el contratista incurrirá en la obligación de abonar a la Administración una indemnización equivalente al 25 % del precio del contrato”.*]

Tratándose del contrato de concesión de obra pública, el TRLCSP prevé que cuando se resuelva por causa imputable al concesionario, le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada. (Art.271.4 TRLCSP).

Por su parte, en los contratos de elaboración de proyectos de obras, en los que el órgano de contratación exija al contratista la subsanación de los defectos, insuficiencias técnicas, errores materiales, omisiones e infracciones de preceptos legales o reglamentarios que le sean imputables, transcurrido el plazo otorgado al efecto sin que tales deficiencias hubiesen sido corregidas, la

Administración podrá, atendiendo a las circunstancias concurrentes, optar por la resolución del contrato o por conceder un nuevo plazo al contratista. Pues bien, de resolver el contrato procederá la incautación de la garantía y el contratista incurrirá en la obligación de abonar a la Administración una indemnización equivalente al 25 % del precio del contrato (Art. 310 TRLCSP).

A pesar de la rotundidad del artículo 225.3. TRLCSP – “Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados...”- el hecho es que Tribunales, Consejos Consultivos y Juntas Consultivas, son unánimes al considerar que en los expedientes de resolución de contratos por incumplimiento del contratista, la concurrencia de culpas de contratista y Administración, conllevará la resolución del contrato pero no la obligación de indemnizar por parte de aquél.

[Doctrina 11 (C.10.11): La garantía no será incautada cuando en el supuesto de resolución contractual, concurren incumplimientos del contratista y la Administración. “...hay que partir de un hecho indubitado, que el Ayuntamiento de XXX en ningún momento ha negado la concurrencia y certeza de los hechos por los que la juzgadora de instancia apreció la concurrencia de culpa por su parte - defectos del proyecto-, sino que su planteamiento descansa en que en la sentencia no se hace una valoración ponderada de las culpas concurrentes para llegar a la compensación y a la decisión de anular la declaración de incautación de fianza y de indemnización de daños y perjuicios, planteamiento que se articula sobre una denuncia de infracción del artículo 113.4º de la LCAP pues la incautación de la fianza y la indemnización de los daños y perjuicios es una consecuencia de todo acto resolutorio con culpabilidad del contratista. Afirma que la propia sentencia declara la validez de la resolución por considerar que estamos “ante un incumplimiento imputable al contratista por su pasividad culposa o negligente” a la hora de ejecutar las obras (...) Este planteamiento no puede ser aceptado por esta Sala y sección primera puesto que la sentencia de instancia, además, de rechazar la concurrencia de una voluntad rebelde de la contratista de cara al cumplimiento del contrato (...) resalta los incumplimientos del Ayuntamiento, no pudiendo ser admitido el porcentaje de afectación del Proyecto que la parte apelante cifra en el 10% del Proyecto, cuando existe un informe pericial en autos que cifra las necesarias adaptaciones y modificaciones del mismo en el 100%, razón por la que bien pudo ser otra la iniciativa del contratista y debe considerarse acertada la decisión de apreciar y compensar las culpas en la forma realizada con apoyo en las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2002 y de 22 de febrero de 2006, que hacen cita de otras y de varios dictámenes del Consejo de Estado. (...) Todo lo anterior determina que deba ser desestimado el recurso de apelación y confirmada la sentencia de instancia. [Resolución Del contrato sin incautación de garantía]” - [STSJ CL 1917/2012](#)-. ”

“...Ciertamente, en el expediente se encuentra acreditado el impago por parte de la concesionaria de las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a los trabajadores de los servicios concedidos (...) No obstante, ha de insistirse ahora en que, según se advirtió en tales Dictámenes, el retraso de la Administración en el abono de las indemnizaciones reconocidas al contratista como consecuencia de las diversas vicisitudes acaecidas en la ejecución del contrato, acreditados y, en buena medida, asumidas por la propia Administración, con sus correspondientes e inevitables efectos, siendo su causa defectos mayormente imputables a actuaciones u omisiones del Ayuntamiento con incidencia en su ejecución, puede haber contribuido relevantemente al incumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social. (...) Lo que no empece a que proceda la resolución del contrato en aplicación de la señalada causa (...) sin perjuicio de que, en relación con lo expuesto en el párrafo precedente, estos hechos debieran ser atendidos en orden a considerar un incumplimiento no culpable del contratista en este concreto caso, sin proceder la incautación de la garantía.” - [CC CAN 694/2011](#)-. ”

“... De lo expuesto, la Sala aprecia la existencia de concurrencia de culpas en el caso debatido. Culpa de la entidad mercantil concesionaria del servicio, quién, tal y como mantiene la Administración demandada, no supo mantener el buen orden en la prestación del servicio, (...). Pero, asimismo, existe culpa de la Administración, quién teniendo conocimiento de lo que ocurría a través de los partes diarios de incidencias, reuniones semanales etc., (...), no tomó ninguna medida para evitar y controlar la situación, a pesar de que ejercía la supervisión y control para asegurar el adecuado funcionamiento del Centro. (...) Por tanto, no apreciando culpa exclusiva de la entidad recurrente, no procede ni la incautación de la garantía ni la indemnización a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda de a garantía incautada (artículo 113.4 del Texto Refundido de la LCAP). Ahora bien, tampoco procede que la Administración indemnice a la recurrente de los daños y perjuicios causados, no solo, porque, tal y como se dice en el informe (...) sino también y fundamentalmente, porque no se aprecia culpa exclusiva de la Administración que genere la obligación de indemnización a favor de la contratista de los daños y perjuicios causados (artículo 113.3 del Texto Refundido de la LCAP).” - [STSJ MAD 9795/2010](#)-. ”

“(…) Octavo.- Entendemos, en conclusión, que las consecuencias del incumplimiento deben ser fijadas conforme a los principios de equidad y de buena fe, que rige específicamente en materia de contratos (artículo 1.258 del Código civil), buscando un equilibrio de

los intereses en presencia en la solución del debate (sentencias de 10 de junio y 11 de noviembre de 1987 ó de 10 de julio de 1990). En cuanto el incumplimiento es imputable al contratista, como se ha razonado, deviene causa de resolución del contrato (artículo 53.1 de la LCE y 159 del Reglamento), debiendo ser mantenidas en tal sentido las resoluciones administrativas impugnadas, pero anulándolas en los pronunciamientos desfavorables restantes, ya que no se debe dar lugar, en el caso, ni a pérdida de fianza (...) ni, como se anticipó anteriormente, a indemnización de daños y perjuicios a la Administración, en cuanto la culpa de la empresa contratista queda compensada por la de la Diputación Regional de Cantabria que, a su vez, debería indemnizar a la propia contratista (artículo 53 LCE y 158 de su Reglamento).” -[STS 3266/1998](#)-.

Nota: En igual sentido el dictamen [CC CLM 130/2011](#) que a su vez cita otras sentencias y dictámenes)].

D4.- En el contrato de suministros, de la inexistencia de vicios o defectos de los bienes suministrados durante el plazo de garantía que se haya previsto en el contrato (Art. 100.d TRLCSP).

Cabe reseñar al respecto que la contratación pública tiene su propio régimen de garantías, no siéndole de aplicación lo dispuesto en el *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*.

D5.- No formalización del contrato

En tanto afecta a la garantía definitiva, cabe hacer mención de otro supuesto contemplado no en el artículo 100, sino en el artículo 156.4 TRLCSP:

“Cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que, en su caso hubiese exigido”.

Se parte aquí del presupuesto de que el licitador ha constituido la garantía definitiva cancelándose la provisional y que, finalmente, por causas a él imputables, no se formaliza el contrato. Aunque lo que se produce es la incautación (parcial) de la garantía definitiva, la responsabilidad asegurada –formalización del contrato-, esta afecta a la garantía provisional, por ello estudiaremos este supuesto en el apartado correspondiente a la garantía provisional.

Por último, cabe hacer mención a otros supuestos respecto a los cuales la doctrina considera no están afectas las garantías definitivas.

[Doctrina 12 (C.10.12). La garantía no responde de la falta de pago a proveedores: “...la configuración de la subcontratación en el derecho español de contratos del sector público no incluye, con carácter general, las obligaciones vinculadas al pago a subcontratistas como obligaciones contractuales, a pesar de la vinculación funcional existente entre ambas relaciones jurídicas. Además, la LCSP sólo atribuye carácter de condición especial de ejecución del contrato a la obligación de subcontratación que, en su caso, la administración puede imponer al contratista respecto de prestaciones en las cuales concurren las circunstancias previstas en el apartado 7 del artículo 210 [227.7 TRLCSP]. (...) Teniendo en cuenta que la finalidad de la garantía definitiva es asegurar la ejecución correcta del contrato y responder de incumplimientos eventuales y que la subcontratación es una relación ajena a la principal, de la cual no son parte ni los subcontratistas ni los suministradores y, por lo tanto, no tienen ningún vínculo jurídico con la administración, se debe negar, con carácter general, la posibilidad de incorporar en el contrato una cláusula que reconozca la falta de pago a subcontratistas y a suministradores como un incumplimiento o un cumplimiento defectuoso de las prestaciones establecidas en el contrato o como condición especial de ejecución, a efectos de poder incautar la garantía definitiva. En este orden de consideraciones, procede reiterar que la garantía definitiva responde, entre otras, de las penalidades que se puedan imponer al contratista por incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución y, en materia de subcontratación, la consideración de

condición especial de ejecución se reconoce únicamente en el artículo 210.7 de la LCSP, [227.7 TRLCSP], respecto de la obligación que se puede imponer al contratista principal de subcontratar determinadas partes del contrato, cuando tengan determinadas características. Esta obligación prevista por el artículo 210.7 [227.7 TRLCSP], está, por las propias características que se exige a las prestaciones a subcontratar, íntimamente vinculada con el objeto del contrato, y que, como ya se ha dicho, implica la necesidad de regular en el pliego correspondiente el alcance de las obligaciones. Ciertamente, aunque la LCSP no lo prevé, dado que en estos casos el cumplimiento de la obligación de subcontratar tiene la consideración de condición especial de ejecución por expresa previsión legal, la misma norma tendría que determinar el alcance de las obligaciones del contratista principal con motivo de esta condición y, en particular, la del pago a subcontratistas y suministradores en tiempo y forma y, en su caso, reconocer esta obligación también como una condición especial de ejecución, como excepción a la norma general." -[CAT 08/2011](#)-].

[Doctrina 13 (C.10.13) Trabajos ejecutados a satisfacción de la Administración.: "a) El Ayuntamiento adjudicó (durante dos años) a un mismo contratista (tres) contratos de servicios... b) Los contratos de referencia no han sido formalizados, pese a que el contratista, tras diversos requerimientos y fuera de plazo, constituyó las correspondientes garantías definitivas, debiéndose la no formalización, según se indica expresamente en el escrito de consulta a "no haber justificado hallarse al corriente en el pago de sus obligaciones tributarias". c) Los contratos fueron ejecutados a satisfacción del Ayuntamiento y debidamente liquidados y abonados al contratista,... d) El contratista solicita la devolución de las garantías definitivas y el Ayuntamiento se plantea la necesidad de resolver (rescindir dice) los tres contratos, ... para decretar la devolución o incautación de las garantías...

(...) hay que llamar la atención sobre la circunstancia de que los tres contratos se adjudicaron a persona incurso en prohibición de contratar y aunque la situación de prohibición de contratar debió determinar la no adjudicación... lo cierto es que su concurrencia determina la nulidad de pleno derecho de los citados contrato (...)(procede) la devolución de las garantías definitivas, solicitada por el contratista, pues siendo la finalidad de las garantías definitivas el garantizar la correcta ejecución del contrato y, en su caso, responder de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración durante la ejecución, es evidente que en el presente supuesto los contratos han sido ejecutados a satisfacción del Ayuntamiento, sin que, en consecuencia se pueda apreciar la producción de daños y perjuicios, por lo que procede acceder a la solicitud de la devolución de las garantías definitivas, sin que concurra ninguna causa que autorice su incautación... " -[MEH 40/1998](#)-].

E.- PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN

La ejecución de las garantías se llevara a cabo de acuerdo con lo previsto en el TRLCSP y, en su defecto, lo dispuesto en la LRJPAC.

a) Las penalidades que no se integren en un expediente de resolución contractual, se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del contrato si se hubiese designado, que será inmediatamente ejecutivo, y se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de las mencionadas certificaciones (Art. 212.8 TRLCSP).

b) En el supuesto de incumplimiento de la obligación de ejecutar de modo adecuado el contrato, el expediente se tramitará en el modo prevenido en el artículo 97 del RGLCAP para la resolución de incidencias surgidas en la ejecución de los contratos:

- 1) Propuesta de la Administración.
- 2) Audiencia del contratista, (y en su caso del avalista o asegurador –ver subapartado 2.[B.B2 Posición jurídica del fiador-](#)), e informe del servicio competente, a evacuar en todos los casos en un plazo de cinco días.
- 3) Informe, en su caso, de la asesoría jurídica y de la Intervención, a evacuar en el mismo plazo anterior.

- 4) Resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato y subsiguiente notificación al contratista.

c) En el procedimiento para la resolución del contrato se cumplirán los siguientes trámites:

- 1) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.
- 2) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.
- 3) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 52 Y 112 TRLCSP.
- 4) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

[Doctrina 14: El Consejo de Navarra considera ([CC NAV 45/2012](#)), que de oponerse tan sólo el avalista a la resolución del contrato, no habrá lugar a la intervención del Consejo Consultivo: “... cuando la ley ha querido referirse al avalista lo ha hecho de manera clara y precisa, razón por la cual, no cabe considerar que el dictamen del Consejo de Navarra resulte preceptivo con la oposición, únicamente, del avalista, que sí debe ser tenido en cuenta en el expediente a los efectos del correspondiente trámite de audiencia, pero cuya oposición a la resolución del contrato carece de la virtualidad necesaria para exigir la intervención de este Consejo. Dicho de otra manera, el avalista es parte interesada en el expediente de resolución del contrato y debe ser oído en ese expediente, pero su oposición no hace preceptivo el dictamen de este Consejo.”].

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.

Si el contratista se hallará en situación concursal, sólo se acordará la pérdida de la garantía cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable (Art.225.4 TRLCSP, y en similar sentido el artículo 111 RGLCAP). Ahora bien, ante la situación concursal del contratista una de las opciones de las que dispone la Administración es la de resolver el contrato. Cabe entonces preguntarse si ante la decisión de resolución del contrato que tuviere lugar con anterioridad a la calificación del concurso, debe la Administración devolver la garantía prestada, o si por el contrario se encuentra facultada para retenerla en tanto el concurso no sea calificado, haciéndola finalmente suya en el caso de que el concurso sea calificado como culpable. La postura de los diversos consejos consultivos no es coincidente al respecto.

[Doctrina 15 (C.10.14) Posibilidad de retener la garantía ante la entrada en concurso del contratista: Considera el Consejo Consultivo de Canarias ([CC CAN 273/2013](#)) que la Administración debe en este supuesto, y salvo que el contrato previese cosa distinta, devolver de modo inmediato la garantía constituida: “... si la Administración decide resolver el contrato por la mera declaración de concurso del contratista, entonces está obligada a devolver o cancelar la garantía, porque el art. 208.4 LCSP sólo permite acordar la pérdida de la garantía en caso de resolución por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable.”

Por el contrario el Consejo Consultivo de Asturias ([CC AST 163/2013](#)) mantiene una postura favorable a la retención de la garantía: “Finalmente, y respecto a los efectos de la resolución del contrato sobre la garantía definitiva, la observancia del artículo 298.4 LCSP [225.4 TRLCSP],(...), impone que aquella deba mantenerse sin cancelarse hasta que, ultimada la vía judicial, se evidencie si el concurso ha recibido o no la calificación que determina su pérdida”.

En este mismo sentido el C.C. de Murcia ([CC MUR 155/2013](#)) considera que a su vez indica igual postura del C.C. de Castilla-La Mancha: “...acordar la devolución de la garantía al contratista en el momento de acordar la resolución, ello implicaría la cancelación de aquélla (con la consiguiente extinción de sus efectos caucionales), la determinación prevista en el citado artículo carecería realmente de virtualidad, lo que no puede admitirse. Por ello, lo procedente es que el pronunciamiento a adoptar en estos casos sea el de acordar, como medida cautelar, la retención provisional de la garantía, hasta que la Administración conozca el correspondiente pronunciamiento judicial. En este sentido, vgr., Dictamen nº 328/12, de 27 de diciembre, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.”]

Los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos (Art.211.4 TRLCSP).

Es de hacer notar que en los procedimientos administrativos en general, han de ser observadas determinadas prescripciones cuya inobservancia darán lugar a la nulidad de las actuaciones, y así por ejemplo el acto administrativo habrá de ser dictado por órgano competente para ello; no debe haberse producido la caducidad del procedimiento, bien inicialmente, bien en alguno de sus trámites, etc. Para un mayor detalle puede verse el [Tema 20, Resolución del contrato](#).

Para hacer efectiva la ejecución de 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. (Art. 101.1 TRLCSP). Además, cuando la garantía se formalice mediante aval o seguro, sólo podrá ser objeto de incautación en caso de existencia de responsabilidades derivadas del contrato afianzado, no pudiendo dirigirse contra este tipo de garantías providencia de embargo dictada por órgano jurisdiccional o administrativo que traigan su origen en asuntos distintos a aquel objeto de la fianza (Art. 65 RGLCAP). En otras palabras sobre el efectivo, la deuda pública y las cantidades retenidas en precio la Administración contratante tendrá siempre preferencia, en tanto en el supuesto de avales o seguros de caución la ejecución de los mismos sólo pueden tener como fin las responsabilidades contractuales y no la satisfacción de créditos de terceros (Véase informe [MEH 036/1999](#)).

La ejecución total o parcial de la garantía por el órgano de contratación requerirá la solicitud previa a la Caja donde se encuentra depositada por parte del órgano administrativo a disposición de la cual se constituyo, habiendo de acreditar éste, que no se ha producido la suspensión de la ejecutividad del acto declarativo del incumplimiento por parte del obligado si éste se ha recurrido, (Art. 111 y 138.3 de la LRJPAC). Acreditará así mismo, la notificación previa al interesado de la intención de formular la solicitud de incautación a efectos de audiencia.

Realizados los trámites señalados, la Caja transferirá el importe a la cuenta de dicho organismo ó, hará efectivos los títulos valores depositados ó, requerirá al avalista o a la entidad aseguradora del pago de la cantidad solicitada por el organismo competente, según cual haya sido la modalidad de garantía prestada, y de acuerdo con las normas reguladoras de La Caja General de Depósitos, o la caja o establecimiento público equivalente de la Comunidad Autónoma (Art.63 RGLCAP). En el supuesto de que requerido el avalista o asegurador, éste no lleve a cabo el pago dentro de los plazos señalados para ello, podrá utilizar la Administración el procedimiento de apremio.

[Doctrina 16 (C.10.15): Una vez acordada la incautación de la garantía, el plazo para que la Administración la haga efectiva es de cuatro años. *"La base argumental del recurso radica, en síntesis, en... que las resoluciones que acordaron requerirle de pago, tampoco son conformes a Derecho, porque, en todo caso, las acciones para reclamar el pago han prescrito dado el tiempo transcurrido entre las fechas de las resoluciones que decretaron la incautación de las fianzas (...) y las del requerimiento de pago. (...) ha de aceptarse como correcto el razonamiento efectuado por la entidad recurrente respecto a que la inclusión en el aval de la cláusula de vigencia del mismo "hasta que la Administración autorice su cancelación", no es óbice para que opere la prescripción de acciones para hacer efectivo su importe, ya que la correcta interpretación de dicha cláusula debe efectuarse de acuerdo con el artículo 1935 del Código Civil (de aplicación supletoria) que claramente impide la renuncia del derecho de prescribir para lo sucesivo, y ello, sin duda, en consonancia con el criterio general de irrenunciabilidad de derechos que establece el artículo 6.2 de dicho Código, cuando, como aquí ocurre, la renuncia sea contraria al orden público, en la medida en que se ve afectado el principio de seguridad jurídica, que es el tutelado por el instituto de la prescripción. Partiendo de lo expuesto debe determinarse ahora cual sea el plazo de prescripción aplicable.*

Si tenemos en cuenta que se trata de avales prestados para garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones frente a la Administración por parte de quienes en su día resultaron adjudicatarios de obras públicas concretas, no cabe duda alguna que la obligación asumida por la entidad avalista no puede ir más allá del compromiso directamente asumido por las personas avaladas frente a la Administración dada la específica naturaleza del contrato de fianza, según se deduce del artículo 1.826 del Código Civil. De ello se colige, que si la Administración, en términos generales, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 40.1.a) de la Ley General

Presupuestaria en relación con el artículo 64.b) de la Ley General Tributaria; dispone del plazo de cinco años para el cobro de los créditos reconocidos o liquidados (prescribiendo tal derecho en caso de superar dicho plazo) respecto del deudor principal, dicho plazo tampoco podrá superarse cuando la acción de cobro se dirija contra su fiador. Como quiera que ni en el expediente administrativo remitido a la Sala ni en las actuaciones del recurso consta dato alguno acreditativo de que, tras la resolución de los diferentes contratos de obras adjudicados a las personas respecto de las cuales la entidad recurrente prestó los avales y la adopción de los acuerdos de incautación de fianzas, (aros 1985 y 1988), la Diputación Provincial de Jaén hubiera practicado actuación alguna con la entidad avalista susceptible de interrumpir el mencionado plazo de prescripción, debe concluirse que cuando aquélla dictó las resoluciones de requerimiento de pago a dicha entidad avalista, en fecha 14 de octubre de 1.994. su derecho a reclamar las cantidades solicitadas había prescrito conforme a lo expuesto. (...) Por las razones expuestas procede la estimación del recurso..."- [STSJ AND 11986/1998](#)-.

Nota importante: La referencia que se hace al artículo 40.1.a), lo es hoy al artículo 15.1.a), de la actual Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y, la referencia al artículo 64 b. de la Ley General Tributaria, lo es hoy en día al artículo 66 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, siendo en consecuencia el plazo de prescripción de cuatro años (cinco en la sentencia reproducida). Sobre el cómputo del plazo ver el artículo 67 de esta última].

En caso de que se hagan efectivas sobre la garantía las penalidades o indemnizaciones exigibles al adjudicatario, este deberá reponer o ampliar aquélla, en la cuantía que corresponda, en el plazo de quince días naturales desde la ejecución, incurriendo en caso contrario en causa de resolución.

Cuando el importe de la garantía incautada no sea suficiente 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 recaudación (véase al respecto artículos 70 y 71 del [Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación](#)).

F.- DEVOLUCIÓN Y CANCELACIÓN

El régimen relativo a la devolución y cancelación de las garantías definitivas se recoge en el artículo 102 TRLCSP:

“La garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, o hasta que se declare la resolución de éste sin culpa del contratista.” (Art.102.1 TRLCSP).

“ Transcurrido un año desde la fecha de terminación del contrato, sin que la recepción formal y la liquidación hubiesen tenido lugar por causas no imputables al contratista, se procederá, sin más demora, a la devolución o cancelación de las garantías una vez depuradas las responsabilidades a que se refiere el artículo 100 Cuando el importe del contrato sea inferior a 1.000.000 de euros, si se trata de contratos de obras, o a 100.000 euros, en el caso de otros contratos, o cuando las empresas licitadoras reúnan los requisitos de pequeña o mediana empresa, definida según lo establecido en el Reglamento (CE) n.º 800/2008, de la Comisión, de 6 de agosto de 2008, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado y no estén controladas directa o indirectamente por otra empresa que no cumpla tales requisitos, el plazo se reducirá a seis meses.” (Art.102.5 TRLCSP).

(Nota 08: La parte subrayada del apartado ha sido introducida por la Ley de Emprendedores).

C.10.16.- El plazo de garantía no se interrumpe o reinicia cuando durante el mismo hayan de subsanarse deficiencias.

Finalizada la ejecución del contrato, la garantía definitiva continuará vigente durante el periodo de garantía establecido. Este plazo comenzará a contar desde la fecha de recepción o conformidad, transcurrido el cual sin objeciones por parte de la Administración, queda extinguida la responsabilidad

del contratista. Si hubiese de subsanarse vicios o defectos de la prestación, la Administración requerirá al contratista para que lleve a cabo tal subsanación, y de no hacerlo, contratará con un tercero, o llevará a cabo la subsanación con sus propios medios y a cargo del contratista detrayendo de la garantía el importe que tales reparaciones supongan. Durante el plazo necesario para la subsanación de los vicios o defectos de la prestación no se interrumpe el cómputo del plazo de garantía (Véase en tal sentido el informe [MEH 022/2011](#)), y mucho menos puede pretenderse se reinicie el plazo de garantía ([STSJ MAD 4527/2006](#)).

Una vez transcurrido el periodo de garantía y aun no devuelta la garantía, la Administración que no hubiese puesto de manifiesto la existencia de defectos durante dicho periodo, no puede pretender ahora la ejecución de la garantía por defectos de ejecución, ni aun el caso de que se trate de vicios ocultos.

[Doctrina 17 (C.10.17): Transcurrido el periodo de garantía sin que se haya puesto de manifiesto la existencia de defectos, debe la Administración proceder a la devolución de la garantía sin que sea entonces posible pretender la ejecución de la misma, ni aun en el caso de que se alegue la existencia de vicios ocultos.

"... Esto es, el plazo de garantía constituye un límite temporal para hacer efectivas las responsabilidades derivadas del contrato de obras, en los supuestos de defectuosa ejecución de la misma, hasta el punto de que, transcurrido ese plazo, los posibles defectos de ejecución no tienen porque ser asumidos por el contratista, y la administración no puede negar la devolución de los efectos del contrato, máxime cuando en el caso de autos, la administración, según se deriva de la prueba, conocía esos defectos dos meses después de haberse producido la entrega definitiva, y pese a ese conocimiento, no los denuncia a las empresas que ejecutaron la obra urbanizadora, como debía hacerlo de oficio,..." -[STSJ CV 3300/2007](#)-

"Es posteriormente, tras vencer el plazo de garantía de 1 año y solicitar el contratista la devolución de la garantía definitiva, cuando la Administración demandada acuerda no devolver ésta con base en la existencia de vicios ocultos. Tal y como sostiene el recurrente, transcurrido el plazo de garantía de 1 año, la Administración debe proceder a la devolución de la garantía definitiva, sin que pueda retener esta durante el plazo de 15 años, de responsabilidad del contratista por vicios ocultos ruinógenos. En el hipotético supuesto de que estos aparecieran, la Administración podrá exigir a la contratista los daños y perjuicios causados pero no mediante la ejecución de la garantía definitiva, que, como ya hemos dicho, necesariamente ha de procederse a su devolución transcurrido el plazo de 1 año desde la recepción de la obra, sin que existan defectos en la construcción." -[STSJ M 2072/2013](#)-.

"Cuando se extingue el plazo de garantía, el contratista responde de los vicios ocultos (artículo 219 LCSP), esto es, aquellos cuya existencia no se ha podido constatar en ese período, precisamente porque no tenían una manifestación externa y, además, determinan la ruina de lo construido, durante un plazo de quince años. Si éstos aparecieran la Administración podrá exigir al contratista los daños y perjuicios causados, pero no mediante la ejecución de la garantía (STSJ Madrid de 28 de febrero de 2013)." -[CC ARA 227/2013](#)-.

"Por lo que transcurrido el plazo de garantía, la responsabilidad del contratista y por tanto de la garantía afecta, se extinguiría según los preceptos invocados por el apelante. Es cierto que el art. 149 LCAP dispone que si la obra se arruina con posterioridad a la expiración del plazo de garantía por vicios ocultos de la construcción, debido al incumplimiento del contrato por parte del contratista, responderá éste de los daños y perjuicios durante el término de 15 años. De modo que la responsabilidad del contratista no queda definitivamente extinguida sino después del mencionado período. Ahora bien, como quiera que la devolución de la garantía definitiva procede una vez transcurrido el plazo de garantía, esta responsabilidad quincenal no puede hacerse efectiva con cargo a la garantía que como dice la Sentencia de instancia debió ser cancelada y devuelta." -[STSJ AND 4857/2008](#)-.

"Vencido pues el plazo de garantía y con él, prescrito el aval prestado por Asefa SA, no podían alcanzar a esta última las consecuencias de lo que, a partir de la primera reclamación formulada por Gesfursa, el 28 de marzo de 2000, debían tenerse en todo caso como vicios ocultos, de los que podía responder el contratista, pero no su avalista, en los términos del Art. 149 LCAP : "Si la obra se arruina con posterioridad a la expiración del plazo de garantía por vicios ocultos de la construcción, debido al incumplimiento del contrato por parte del contratista, responderá éste de los daños y perjuicios durante el término de quince años a contar desde la recepción".

Resulta en efecto, que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, la fianza no puede ser objeto de una interpretación amplia o extensiva, sino estricta, debiendo estarse al plazo de vencimiento de la obligación en la forma asumida, más allá del cual no puede ejecutarse el aval (STS, Sala 3ª, de 30 de abril de 2001 y 22 de marzo de 2005), puesto que de otro modo, en supuestos como el presente, se dejaría al arbitrio de la Administración la fijación de los plazos legal o contractualmente establecidos, concediéndole la posibilidad de que los señalara cuando tuviera por conveniente (STS, Sala 3ª, de 15 de marzo de 1999) (...)" -[STSJ CAT 1585/2006](#)-].

“Aprobada la liquidación del contrato y transcurrido el plazo de garantía, si no resultaren responsabilidades se devolverá la garantía constituida o se cancelará el aval o seguro de caución.

El acuerdo de devolución deberá adoptarse y notificarse al interesado en el plazo de dos meses desde la finalización del plazo de garantía. Transcurrido el mismo, la Administración deberá abonar al contratista la cantidad adeudada incrementada con el interés legal del dinero correspondiente al período transcurrido desde el vencimiento del citado plazo hasta la fecha de la devolución de la garantía, si ésta no se hubiera hecho efectiva por causa imputable a la Administración” (Art.102.2 TRLCSP).

La obligación de devolución por parte de la Administración nace por el mero transcurso del plazo señalado por la norma sin que sea necesario que su devolución sea instada por el contratista.

[Doctrina 18 (C.10.18): Para proceder a la devolución o cancelación de la garantía no es exigible que el contratista lo solicite: “... *Sostiene la dirección letrada de la Administración demandada que las cantidades debidas e intereses que se reclaman, según se reconoce por la propia actora no se han reclamado hasta el 20 de junio de 2006, cuando la recepción provisional tuvo lugar el 22 de febrero de 1.993, sin ninguna reclamación intermedia por lo que han transcurrido en exceso el plazo de prescripción de las obligaciones de la Hacienda Pública. No procede acoger esta alegación ya que consta en el expediente que hasta diciembre de 2005 no se supervisa la liquidación y la aprobación por la Presidencia de la Confederación, sin que pueda acogerse la alegación de que la demora en la cancelación del aval sea imputable al contratista por no haberla instado una vez aprobada la recepción definitiva de las obras ya que la devolución o cancelación debe realizarla la Administración sin necesidad de petición del contratista según lo establecido en el art. 177 del Reglamento de Contratación del Estado.” -STSJ MAD 25616/2008-*

[Nota: La sentencia reproducida, al igual que otras de fechas anteriores *-ver STS 4869/1997-*, toma como base argumental el artículo 177 del Reglamento de Contratación del Estado *“Aprobada la recepción y liquidación definitiva la Administración tomará acuerdo en relación con la fianza depositada por el contratista, con arreglo a lo dispuesto en este Reglamento”-*. A igual conclusión habrá que llegar a la vista de la legislación actual].

Cuestión distinta es que se encuentre prevista la posibilidad de recepción parcial de la prestación y consiguiente devolución o cancelación proporcional de la garantía, pues de la redacción del artículo 102.3, cabe concluir que su devolución ha de ser solicitada:

“En el supuesto de recepción parcial sólo podrá el contratista solicitar la devolución o cancelación de la parte proporcional de la garantía cuando así se autorice expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares.” (Art.102.3 TRLCSP).

Aquí, el plazo de garantía de las partes recibidas, comenzará a contarse desde las fechas de las recepciones respectivas, según señala el artículo 108 del RGLCAP, y requerirá en todo caso tal y como establece el artículo 102.3 del TRLCSP, que la devolución o cancelación parcial se encuentre prevista en los pliegos y que se proceda a realizar recepciones parciales de la prestación (Ver [CAN 05/2012](#)).

En el caso de que el contrato sea objeto de cesión:

“4. En los casos de cesión de contratos no se procederá a la devolución o cancelación de la garantía prestada por el cedente hasta que se halle formalmente constituida la del cesionario.” (Art.102.4 TRLCSP).

A sensu contrario, la Administración no podrá pretender ni pactar, el mantenimiento de la garantía prestada por el cedente una vez constituida la del cesionario.

[Doctrina 19: *“Y por lo que respecta al tiempo o plazo respecto del cual el Ayuntamiento debe asumir los gastos de mantenimiento de sendos avales, señala dicha parte [El Ayuntamiento] en su recurso de apelación y considera que el plazo de garantía de un año debe computarse desde la finalización y recepción de la obra, pues el cedente responde siempre de la parte ejecutada por él, y a lo sumo, un año desde la cesión. La Sala no comparte dicho argumento por cuanto que como ya hemos reseñado, el cesionario se subrogó en la totalidad de los derechos y obligaciones del cedente, respondiendo por ello también el cesionario de la parte de obra ejecutada por el cedente y por ello también en la obligación de prestar fianza y aval...” -STSJ CL 1188/2013-*].

Como se desprende de la lectura del apartado 2º del artículo 102 arriba reproducido la garantía se cancela cuando se trata de aval o seguro de caución y se devuelve en el resto de los casos (si bien en la práctica, el documento de aval o seguro también se devuelve físicamente, anotando previamente en los mismos la cancelación). Conforme a lo anterior, la segunda parte del segundo párrafo del citado artículo 102 –“... hasta la fecha de la devolución de la garantía...”-, puede dar pie a interpretar que la indemnización prevista sólo tendrá lugar en los casos en que la garantía se constituyera mediante efectivo, valores, o retención en precio, que es cuando se devuelve (no se cancela). Esta interpretación sin embargo sería contraria a la jurisprudencia de los tribunales que, vigente el TRLCAP, -el cual no contenía un precepto similar respecto a los derechos indemnizatorios del contratista-, consideró que éste tenía derecho a la indemnización de los daños y perjuicios que el retraso le hubiera ocasionado, y que se concretaban en el caso de aval o seguro, en los pagos que el contratista hubo de satisfacer para el mantenimiento del aval o el seguro (Ver [STSJ CV 1614/2009](#) y [STSJ MAD 25616/2008](#)).

Dando pues por supuesto que el contratista tendrá en estos casos derecho a que le sean reembolsados los gastos de aval o seguro, cabe preguntarse si la cuantía del mismo debe ser “... incrementada con el interés legal del dinero correspondiente al período transcurrido desde el vencimiento del citado plazo hasta la fecha de la devolución de la garantía...” No parece que la doctrina de los tribunales acoja tal postura.

[Doctrina 20 (C.10.19): El contratista, no tiene derecho al cobro de interés sobre el coste del aval o seguro. “como quiera que en el presente caso lo constituido no ha sido una fianza en metálico que fuera depositada en poder de la Administración sino sendos avales (...), es por lo que la Sala considera que los daños y perjuicios que la demora imputable a la Administración en la devolución de dichos avales ha causado al actor consisten en los gastos (bancarios, financieros, o en su caso de otra naturaleza) de mantenimiento que le ha supuesto a la entidad actora sendos avales y no los intereses de demora fijados en la sentencia de instancia...” -[STSJ CL 1188/2013](#)-.

Nota: En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el actual artículo 100.2 del TRLCSP, señala como interés al que tiene derecho el contratista el “interés legal del dinero”. Actualmente –y desde el año 2009-, el tipo de interés legal del dinero es del 4%, lejos de porcentajes superiores al 8% en el que se fija el interés de demora, y cercano, cuando no inferior al coste de mantenimiento de los avales.

Comentario: En todo caso limitarse a indemnizar al contratista por el importe que representa los gastos de mantenimiento del aval o seguro, supone sin duda un perjuicio económico para el mismo, al no considerarse la pérdida que le supone el desembolso de capital que hubo de realizar en su día. Parece que lo más adecuado sería abonar los gastos de mantenimiento, incrementados con el interés legal de los mismos desde el momento en que tales gastos se han ido produciendo y hasta el momento en que son abonados].

-

[Doctrina 21: El informe del Consejo Consultivo de la Junta de Andalucía [AND 01/2013](#) no considera posible la devolución de la garantía definitiva en el supuesto de suspensión de la ejecución del contrato para una posible reanudación posterior con constitución de una nueva garantía cuando se acuerde su reinicio, puesto que tal procedimiento no se encuentra regulado en la Ley ni previsto en el pliego. Tampoco considera posible la devolución de la parte proporcional de la garantía en el supuesto de recepción parcial, cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares no lo haya previsto.].

G.- GARANTÍA GLOBAL

A diferencia del TRLCAP que preveía la utilización de la garantía global como una alternativa al régimen general de las garantías, tanto provisionales como definitivas, la regulación del TRLCSP solo la contempla (Art.98) como opción de la garantía definitiva en los siguientes términos:

“1. Alternativamente a la prestación de una garantía singular para cada contrato, el empresario podrá constituir una garantía global para afianzar las responsabilidades que puedan derivarse de la ejecución de todos los que celebre con una Administración Pública, o con uno o varios órganos de contratación.

2. La garantía global deberá constituirse mediante aval o contrato de seguro de caución, y ser depositada 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, según la Administración ante la que deba surtir efecto.

3. La garantía global responderá, genérica y permanentemente, del cumplimiento por el adjudicatario de las obligaciones derivadas de los contratos cubiertos por la misma hasta el 5 %, o porcentaje mayor que proceda, del importe de adjudicación o del presupuesto base de licitación, cuando el precio se determine en función de precios unitarios, sin perjuicio de que la indemnización de daños y perjuicios a favor de la Administración que, en su caso, pueda ser procedente, se haga efectiva sobre el resto de la garantía global.

4. A efectos de la afectación de la garantía global a un contrato concreto, 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.” (Art. 98 TRLCSP).

(Nota 09: Ha de entenderse que el ámbito de la garantía global se extiende también al reajuste y reposición de las garantías definitivas, así como a la garantía complementaria).

(Nota 10: A falta de desarrollo reglamentario, ver el informe de la JCCA del Estado [MEH_049/2003](#).- Régimen de constitución, aplicación y modificación de la garantía global).

(Comentario 05: Sí la finalidad de la garantía global, que tan solo puede constituirse mediante aval o seguro de caución, es agilizar la tramitación y abaratar los costes que la constitución de múltiples avales o seguros de caución puede suponer, estructurando este tipo de garantía como una suerte de línea de crédito o línea de descuento, en la que el contratista pagará un importe –mínimo- por la línea a su disposición y un importe –superior- por cada uno de los avales o seguros que formalice, la redacción del artículo 98 TRLCSP no contribuye a ello. En efecto, el artículo 98.3 no limita el riesgo que asume el fiador al 5% del importe de la garantía prestada, ya que ello se hace *“...sin perjuicio de que la indemnización de daños y perjuicios a favor de la Administración que, en su caso, pueda ser procedente, se haga efectiva sobre el resto de la garantía global...”*, lo que supone en la práctica, que toda la línea soporte este riesgo y, en consecuencia, el coste que imponga el fiador al tomador/contratista sea superior al que supone contratar los avales o seguros de manera individualizada).

3.- LA GARANTÍA PROVISIONAL EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Siguiendo un desarrollo similar al empleado para la garantía definitiva, se estudia en este punto el régimen de la garantía provisional, cuya regulación se recoge fundamentalmente en el artículo 103 TRLCSP, y a lo largo de los artículos 55 a 65 del RGLCAP. Habrá de tenerse en cuenta que varias de las normas que regulan la garantía definitiva son igualmente de aplicación en las garantías provisionales.

1- EXIGENCIA, Y CUANTIA DE LA GARANTÍA PROVISIONAL

Exigencia

A diferencia de la garantía definitiva, la exigencia de garantía provisional es potestativa para la Administración, quién en el supuesto de exigirla, deberá justificar las razones para ello:

“En atención a las circunstancias concurrentes en cada contrato, los órganos de contratación podrán exigir a los licitadores la constitución de una garantía...”

“Cuando el órgano de contratación decida exigir una garantía provisional deberá justificar suficientemente en el expediente las razones de su exigencia para ese concreto contrato” (Art. 103.1 TRLCSP).

Será en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) donde se recoja su exigencia y cuantía:

“Los pliegos de cláusulas administrativas particulares (...) deberán contener con carácter general para todos los contratos los siguientes datos:... m.-Garantías provisionales y definitivas, así como, en su caso, garantías complementarias. (Art.67.2.m) RGLCAP).

Al igual que a la garantía definitiva, le es aplicable a la garantía provisional las previsiones contenidas en las disposiciones adicionales primera y séptima TRLCSP, relativas a la exención de la obligación de constituir la en ciertos supuestos de contratación en el extranjero, y por parte de las Agencias Estatales, los Organismos Públicos de Investigación y organismos similares de las Comunidades Autónomas. Tampoco cabe su exigencia en los contratos menores ni en la tramitación de emergencia, (recordemos que respecto a la garantía definitiva en la tramitación de emergencia la JCCA, sí considera posible su exigencia.

Cuantía

A diferencia de la garantía definitiva, cuya cuantía es un importe fijo que, salvo en casos puntuales previstos en la norma, no puede ser variado por el órgano de contratación, en la garantía provisional, de exigirse, el órgano de contratación podrá variar el porcentaje de la misma hasta un máximo del 3%, del presupuesto del contrato.

“En los pliegos de cláusulas administrativas se determinará el importe de la garantía provisional, que no podrá ser superior a un 3 % del presupuesto del contrato, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido ...” (Art.103.2 TRLCSP).

(Nota 11: A diferencia del artículo 91.2 LCSP, el artículo 103.2 TRLCSP, hace referencia de modo expreso a la exclusión del IVA. En la práctica ya se venía haciendo así bajo la legislación anterior, pero la falta de esta precisión originaba ciertas dudas que el nuevo texto ha venido a despejar).

[Doctrina 21 bis: Véase la interesante resolución [TA CENTRAL 360/2014](#), en la que se analiza un recurso contra pliegos en los que la garantía provisional exigida en un contrato de gestión de servicio público mediante la modalidad de concesión, es de 1.663.212 euros, (el 3% del valor estimado del contrato). Para determinar el valor estimado del contrato se atiende a las previsiones de ingresos que se reflejan en el estudio económico y financiero, de las que resulta un valor o precio anual de 2.439.378,54 €. y, partiendo de ello, el precio del contrato, a efectos de publicidad, procedimiento y determinación de garantías, se fija en atención a los 25 años de duración del mismo, alcanzando un total de 60.984.463,38 € (IVA incluido). **“Surge pues la cuestión de cómo establecer ese límite para el caso de los contratos de gestión de servicios públicos en aquellas ocasiones en las que, tal y como aquí sucede, no existe presupuesto de gasto en la medida en que la retribución del contratista se percibirá directamente de los usuarios a través de las correspondientes tarifas (art. 281.1 TRLCSP). Téngase presente, asimismo, que tampoco cabe hablar en estos casos en sentido legal estricto de valor estimado del contrato, en cuanto tal concepto en su regulación del art. 88 del TRLCSP viene referido al importe total pagadero según las estimaciones del órgano de contratación.”** Recuerda el Tribunal que en el TRLCSP no existen preceptos similares al artículo 35.1 del RGLCAP en el que la garantía provisional (entonces exigible con carácter general) se había de determinar estimativamente por el órgano de contratación en los supuestos en que no se hubiera hecho previa fijación del presupuesto, y el art. 38.1 que contemplaba que para los contratos de gestión de servicios públicos el importe de las garantías provisionales o definitivas se fijaría en cada caso por el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas, a la vista de la naturaleza, importancia y duración del servicio de que se tratase. **“No existiendo, sin embargo, previsiones equiparables en la normativa vigente, cabe plantearse cuál pueda ser el importe de la garantía provisional en el caso de contratos que no entrañen gasto para la Administración contratante, y ello a los efectos de poder determinar si, como alega el recurrente, la fijada en este caso resulta ser desproporcionada. (...) Al respecto, debe tenerse presente que, siendo cierto que no puede negarse al órgano de contratación la posibilidad de exigir este tipo de garantía para asegurar la seriedad de las ofertas, no lo es menos que la exigencia de una garantía provisional por un importe excesivo en relación con la relevancia económica del contrato supondría un obstáculo no admisible a la libre competencia. Trasladando las previas consideraciones al supuesto que nos ocupa, nos encontramos con que, al no**

existir presupuesto de licitación, no sería estrictamente aplicable el tenor del apartado 2 del art. 103 del TRLCSP, debiendo venir referido el porcentaje máximo que allí se indica, a los efectos de establecer la cuantía de la garantía exigible, a otro índice expresivo del valor económico de las prestaciones objeto del contrato (...) En nuestro caso, sin embargo, el examen de la documentación que integra el expediente remitido a este Tribunal por el órgano de contratación revela que, al margen de lo que se indica en el PCAP a la hora de exigir la garantía provisional en su cláusula 10ª, no existe justificación acerca de las razones de su concreta exigencia en este contrato, lo que resulta determinante, al vulnerarse lo dispuesto en el art. 103.2 del TRLCSP, de la ilegalidad de dicha cláusula (...)].

Tratándose de contratos licitados por lotes, la cuantía de la garantía provisional deberá calcularse sobre aquellos lotes a los que se presente oferta.

[Doctrina 22 (C.10.20): La garantía provisional se presentará sobre cada uno de los lotes a los que presenta oferta el licitador: “En dicho tipo de suministros, en los que cada uno de los lotes constituye el objeto diferenciado de los potenciales contratos a celebrar, la garantía provisional a constituir ha de responder del mantenimiento de la oferta relativa al lote o lotes a los que se licite. En consecuencia, el importe de dicha garantía se ha de establecer para cada lote, tomando como referencia el gasto máximo estimado para cada lote, que constituye su presupuesto de licitación.” -CAN 05/2007-.

“la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que, en los supuestos en que se prevea la posibilidad de licitar por partidas o lotes, el 2 por 100 de la fianza provisional debe calcularse sobre la base del importe exclusivo de las partidas o lotes para los que se presente proposición económica, sin incluir las demás aunque en realidad integren el presupuesto total del contrato.”- [MEH 14 y 15/1992](#)-].

Dada la naturaleza y finalidad de la garantía provisional, no ha lugar a su reposición o reajuste.

B.- TIPOS DE GARANTÍAS ADMITIDAS. POSICIÓN JURÍDICA DEL FIADOR

Tipos de garantías admitidas

Podrá prestarse en cualquiera de las formas (metálico, valores de deuda pública, aval o seguro de caución) señaladas al estudiar la garantía definitiva (Art.103.2 TRLCSP), excepto, claro está, la retención en precio.

Posición Jurídica del fiador

A pesar de la ubicación del artículo 97 TRLCSP, dentro de la sección correspondiente a la garantía definitiva, habrá de entenderse aplicable lo en él dispuesto a la garantía provisional, por lo que el avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía provisional prestada, en los términos previstos en la LRJPAC.

C.- FORMALIZACIÓN DE LA GARANTÍA

A diferencia de la garantía definitiva, la garantía provisional podrá depositarse, además de en la Caja correspondiente a la Administración de que se trate, ante el propio órgano de contratación cuando se trate de avales, certificados de seguro o caución, ó valores (Art.103 TRLCSP, y 61 RGLCAP).

“Cuando se exijan garantías provisionales éstas se depositarán, en las condiciones que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan, en la siguiente forma:

a.- En la Caja General de Depósitos o en sus sucursales encuadradas en las Delegaciones de Economía y Hacienda, o en la Caja o establecimiento público equivalente de las Comunidades Autónomas o Entidades locales contratantes ante las que deban surtir efecto cuando se trate de garantías en efectivo. (Art.103.3

TRLCSP), (acreditando su constitución mediante la entrega al órgano de contratación del resguardo expedido por aquellos -Art.61.3 RGLCAP-).

b.- Ante el órgano de contratación, cuando se trate de certificados de inmovilización de valores anotados, de avales o de certificados de seguro de caución." (Art.103.3.TRLCSP).

Al igual que en la garantía definitiva, tratándose de contratación en el extranjero, las garantías se constituirán en la Representación Diplomática o Consular correspondiente (D.A.1ª TRLCSP, y Art.61.6 RGLCAP).

El contenido de la garantía, se ajustará a los modelos previstos en el Reglamento y en el caso de inmovilización de deuda pública, al certificado que corresponda conforme a su normativa específica. (Art. 60 y 61.4 RGLCAP).

En el caso de que la oferta sea presentada por una Unión Temporal de Empresas, la garantía provisional podrá constituirse por una o varias de las empresas participantes, siempre que en conjunto se alcance la cuantía requerida en el artículo 103 de la Ley y garantice solidariamente a todos los integrantes de la unión temporal (Art. 61.1 RGLCAP).

La doctrina de Tribunales, Juntas y Tribunales Administrativos, ha venido definiendo y perfilando los supuestos en que un defecto en la constitución y/o presentación de la garantía provisional puede ser subsanable o, por el contrario, suponer la exclusión del licitador o candidato del procedimiento de contratación.

En todo caso nos hemos de referir a errores imputables al licitador o candidato, puesto que si la no constitución de la garantía o constitución incorrecta de la misma trae causa de una defectuosa redacción de los PCAP, el error no será imputable al licitador y, en consecuencia, debe quedar abierta la posibilidad de subsanación ([TA AND 054/2013](#)).

i) No aportar la garantía provisional.

Será subsanable si queda acreditado que, a pesar de su no presentación, la misma se encontraba constituida en el momento de finalizar el plazo para la presentación de la oferta.

[Doctrina 23: "Que la falta de constitución de la garantía provisional, podrá ser subsanada si se acredita su existencia en fecha anterior a la de expiración del plazo para presentar las proposiciones, pues se trataría del simple error de no haber aportado los respectivos documentos, justificativos, no de su inexistencia" [MEH 048/2002](#). En igual sentido [MEH 44/1997](#), y [TA MAD 114/2012](#).

ii) Garantía provisional constituida por importe insuficiente.

Habrán de determinarse las causas que provocaron el hecho.

[Doctrina 24: "La ausencia total de constitución de garantía provisional, o su constitución en términos o condiciones que contravengan sustancial y directamente los preceptos relativos a la misma, darían lugar a la exclusión del licitador que incurriera en tal circunstancia. La posibilidad de subsanación de una garantía provisional constituida por importe insuficiente, deberá ser considerada en cada caso por la Mesa de contratación, requiriendo de la empresa interesada justificación respecto a las circunstancias que hayan podido provocar tal defecto, de forma que, acreditándose que se ha producido error en el importe, tal insuficiencia no constituiría un incumplimiento manifiesto de la norma, sino un error que podrá ser subsanado aportando garantía constituida por importe suficiente dentro del plazo establecido para la subsanación." -[CAN 05/2002](#)-].

iii) Presentación del resguardo de depósito, en lugar del aval mismo cuando así lo exige el pliego de condiciones.

Se considera error subsanable, pues en definitiva la presentación del resguardo de depósito acredita la existencia de la garantía al tiempo de presentar la oferta.

[Doctrina 25: "Ahora bien, en el supuesto examinado"... se "aportó un resguardo del depósito del aval en la Caja General de Depósitos, que justificaba que el aval se encontraba prestado, (aval que no consta que no reuniese los requisitos reglamentarios para

que la sociedad fuera admitida al concurso), aunque no se presentaba el documento original de dicho aval. La Mesa de Contratación debía examinar dicho aval para comprobar que cumplía los requisitos reglamentarios exigidos, pero para ello le bastaba con exigir la subsanación del defecto advertido, ya que el aval se encontraba prestado y ello se justificaba con un documento suficiente (el resguardo de depósito en la Caja General de Depósitos). El artículo 101, párrafo segundo, inciso segundo, del Reglamento General de Contratación del Estado previene que si la Mesa observare defectos materiales en la documentación prestada podrá conceder, si lo estima conveniente, un plazo no superior a tres días para que el licitador subsane el error. La presentación de un resguardo que acredita la prestación del aval, en lugar del documento original en que éste se constituye, debe calificarse como un defecto material y, en consecuencia, subsanable, pues no se trata de la falta de aportación de un documento, sino de su justificación por un medio cuyo defecto puede fácilmente corregirse, dando tres días a la empresa interesada para la presentación del referido documento original". -[STS 1903/2009](#)-.]

(Nota 12: Téngase en cuenta que, vigente el Reglamento General de Contratación del Estado, la garantía provisional acompañaba siempre a la oferta. Una vez realizada la adjudicación provisional se devolvían las fianzas excepto la del adjudicatario, respecto a la cual se procedía a su depósito en la Caja General. Lo que interesa destacar de esta sentencia es el último párrafo reproducido ("De la citada sentencia se colige...)

iv) Constitución de la garantía mediante metálico en una Caja de Depósitos distinta de la que corresponde a la Administración contratante.

Basándose en igual razonamiento que el supuesto anterior (queda acreditada la constitución de la garantía al tiempo de presentar la oferta), se trata de un defecto subsanable

[Doctrina 26: "...el artículo 35 de la LCAP establece que "... el metálico, los valores o los certificados correspondientes, se depositarán en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales o en las cajas o establecimientos públicos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales en la forma y con las condiciones que reglamentariamente se establezcan". El artículo 61.1 a) del RGLCAP igualmente determina que las garantías provisionales se constituirán "En la Caja General de Depósitos o en sus sucursales, encuadradas en las Delegaciones Provinciales de Hacienda, o en las cajas o establecimientos públicos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales, cuando se trate de garantías en metálico o valores..." (El Reglamento Autonómico - C.A. De Madrid-) por jerarquía normativa, no puede ser contrario a lo dispuesto en el artículo 35.1 a) de la LCAP, norma de rango superior y de carácter básico, ni a lo dispuesto en el artículo 61.1 a) del RGLCAP, de igual carácter. El mencionado artículo (Art. 22 RGCCPM "...en la Tesorería de la Comunidad de Madrid o en los establecimientos equivalentes de otras Administraciones Públicas en los términos previstos en los convenios que a tal efecto se suscriban con las mismas") ha de interpretarse, por tanto, en el sentido de que las garantías podrán constituirse en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales, conforme a lo dispuesto en la legislación básica estatal, en la Tesorería de la Comunidad de Madrid y, asimismo, en los establecimientos equivalentes de otras Administraciones Públicas con las que se suscriban convenios, entendiéndose por tales Comunidades Autónomas y Entidades locales. Por otra parte, lo que es indubitado, en el supuesto que se analiza, es que el licitador ha presentado el resguardo acreditativo de haber constituido la garantía provisional que se exigía para concurrir, como exige el artículo 79 de la LCAP, por tanto, parece claro que en virtud de lo dispuesto en los artículos 81 del RGLCAP y 19 del RGCCPM cabría subsanación. " -[MAD 03/2006](#)-].

v) Bastanteo de poderes por el Servicio Jurídico de una Administración distinta a aquella que licita el contrato.

Igualmente subsanable por igual motivo.

[Doctrina 27: "... Sigue siendo discrecional por parte de la Mesa determinar que defectos son subsanables o no, puesto que el Reglamento no lo determina expresamente. Si bien cabe mencionar a este respecto el criterio mantenido reiteradamente por la JCCA del Estado sobre la existencia de defectos subsanables en sus informes... donde manifiesta que, sin poder establecer una lista exhaustiva de los mismos, ha de considerarse que revisten tal carácter los que se refieren a la acreditación del requisito de que se trate, pero no a su cumplimiento. (...) la tendencia jurisprudencial a favorecer la posibilidad de subsanación de defectos de las ofertas, con el fin de no limitar inútilmente la concurrencia de licitadores. A estos efectos conviene (cita dos sentencias del Tribunal Supremo) que en concreto se pronuncian sobre la improcedencia de exclusión de licitador por defectos en aval. La primera de ellas se refiere a un supuesto de exclusión por defecto en el bastanteo del aval que fue subsanado en fecha posterior a la presentación de ofertas sobre el que la sentencia en su considerando tercero concluye con "la inequívoca subsanabilidad de deficiencias documentales como la aquí controvertida. En consecuencia... el defecto consistente en haber sido bastanteado el aval por (X) en lugar de por (Y), se considera por esta Comisión susceptible de subsanación, ya que se ha aportado resguardo acreditativo de la garantía provisional y el documento de constitución cumple con los requisitos esenciales e indispensables establecidos en (las ley)." -[MAD 01/2008](#)-].

vi) Presentación de garantía asegurando a uno sólo de los miembros de una Unión Temporal de Empresas (UTE)

Es igualmente subsanable, si se acredita que el nuevo aval se encontraba ya constituido con anterioridad al cierre del plazo de presentación de las ofertas.

[Doctrina 28: *“Puede producir más o menos “extrañeza” (como señala la entidad recurrente) que la UTE o sus empresas integrantes, dispusieran de dos avales diferentes, cada uno de ellos por un importe de 3.200.000 euros, en concepto de garantía provisional correspondiente al procedimiento de licitación convocado por SASEMAR, el primero de ellos avalando únicamente a “X” y el segundo conjuntamente a esta empresa y a “Y”, y sin embargo sólo se incorporara el primero entre la documentación administrativa. Efectivamente, el hecho señalado no deja de llamar la atención. Ahora bien, esta circunstancia no permite en modo alguno a este Tribunal presumir la falta de validez de la fecha que consta en el segundo de los avales, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades, penales y administrativas, en que pudieran incurrir las partes firmantes de dicho documento en el caso de contener datos falsos, responsabilidades que la parte recurrente puede instar ante la sede oportuna, si así lo considera.”- [TA CENTRAL 193/2012](#)-.]*

Por su importancia práctica frente a supuestos iguales o similares, es de reseñar la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales [TA CENTRAL 175/2013](#), que analiza un supuesto en el que el PCAP, exige que la garantía provisional se deposite ante la Tesorería Municipal, y el resguardo (carta de pago) entregado por ésta, se aporte en la documentación administrativa, advirtiendo el PCAP *“La falta de aportación de carta de pago emitida por la Tesorería de este Ayuntamiento acreditando el depósito de la garantía según las condiciones establecidas en esta cláusula no será subsanable.”* El licitador ahora recurrente aporta la garantía (contrato de seguro de caución), directamente ante el órgano de contratación dentro de la documentación administrativa por lo que, en base a la cláusula reproducida, es excluido por el órgano de contratación. Considera al respecto el TACRC que: *“En todo caso, la consecuencia jurídica impuesta en la cláusula X del PCAP declarando insubsanable la acreditación del depósito de la garantía ante la Tesorería municipal cuando la garantía provisional se ha realizado mediante contrato de seguro de caución, resulta desproporcionada y contraria a lo preceptuado en los artículos 103.1º y 61.1º del TRLCSP y del Reglamento de la LCAP, respectivamente. Tal forma de proceder, declarando la exclusión por reputarse un defecto insubsanable, contraviene los principios de igualdad y no discriminación que han de regir los procedimientos de contratación administrativa (artículo 1 del TRLCSP) generando indefensión en aquellas licitadoras que han aportado aval o seguro de caución en su documentación administrativa considerando que constituyen la garantía provisional ante el órgano de contratación (artículo 103 TRLCSP y artículo 61 Reglamento de la LCAP), por lo que hemos de entender que la X en la exigencia obligatoria del depósito de avales ante la Tesorería municipal resultan atentatorias de los preceptos legal y reglamentario reseñados.”*

D.- RESPONSABILIDADES A LAS QUE ESTÁN AFECTAS LAS GARANTÍAS PROVISIONALES

“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.” (Art.103.1).

Por lo tanto, de acuerdo con el artículo 103.1 del TRLCSP, la garantía provisional responde del

mantenimiento de la oferta por parte de los licitadores, y de la presentación por parte de quién haya presentado la oferta económica más ventajosa, de la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social (o autorización al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello), de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente.

Sin embargo como veremos a continuación, hay otros hechos asimilables a los anteriores.

D1.- Mantenimiento de la oferta

Presentada la oferta por parte del licitador, éste queda comprometido por el contenido de la misma, no pudiendo retirarla hasta el momento en que tiene lugar la adjudicación del contrato. Si formulase manifestación contraria al mantenimiento de su oferta, se considerará que tiene lugar una retirada injustificada de su oferta y, en consecuencia, la garantía provisional prestada será incautada.

El artículo 62.2 del RGLCAP, considera igualmente retirada injustificada de la oferta el supuesto en que siendo requerido el licitador para que justifique la baja anormal o desproporcionada que ha presentado, no conteste a dicho requerimiento o lo haga reconociendo que su proposición adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable

“A efectos del apartado anterior, la falta de contestación a la solicitud de información a que se refiere el artículo 83.3 de la Ley [Art. 152 TRLCSP] o el reconocimiento por parte del licitador de que su proposición adolece de error, o inconsistencia que la hagan inviable, tendrán la consideración de retirada injustificada de la proposición.” (Art. 62.2 RGLCAP).

Ahora bien, considera la doctrina que no todo tipo de error conlleva la incautación de la garantía, sino que en ciertos casos llevará al simple rechazo de la proposición por aplicación del artículo 84 del RGLCAP.

[Doctrina 29 (C.10.21): No todo reconocimiento de error en la justificación de la baja anormal o desproporcionada conlleva la consideración de retirada injustificada de la proposición y, en consecuencia, incautación de la garantía. “El error en la proposición económica que comporta la imposibilidad de determinar por la Mesa de contratación cuál es el precio ofrecido para ejecución del contrato se interpreta como error recaído sobre una de las condiciones esenciales del contrato, como es el precio, por lo que se considera error obstativo, que no es susceptible de subsanación. El error manifiesto en el importe del contrato comporta la aplicación de lo previsto en el artículo 84 del RGLCAP, debiendo rechazarse la proposición por la Mesa de contratación mediante resolución motivada, sin que dé lugar a incautación de la garantía.” -[MAD 09/2006](#)-.

“... en los supuestos de proposiciones incurso en presunción de temeridad que adolecen de error, debidamente acreditado, no deben dar lugar a la aplicación del artículo 62.2 del RGLCAP con la incautación de la garantía provisional, sino que deben dar lugar al efecto de desecho de la proposición previsto en el artículo 84 del mismo Reglamento.” -[MEH 42/2005](#)-.

Nota: Artículo 84 RGLCAP “Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición.”

Nota: Sobre los distintos tipos de errores, se recomienda la lectura en su integridad del anteriormente citado informe 42/2005.]

D2.- No presentación de la documentación señalada en el artículo 151.2 TRLCSP

Cabe recordar que la no presentación de la garantía definitiva, o de la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, y de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato, además de la incautación de la garantía supondrá que el licitador incurre en causa de prohibición para contratar con las Administraciones Públicas (la señalada en el artículo 60.2.d. del TRLCSP), y que el licitador será excluido del procedimiento, continuando el mismo, recabando igual documentación al licitador siguiente por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

Veremos a continuación como el modo en que se concreta la incautación varía según si la garantía definitiva ha sido presentada (y no el resto de documentación) o no, y/o si previamente no ha sido exigida la garantía provisional (A este último supuesto se hará referencia en el siguiente apartado E.)

Al que presenta la oferta económicamente más ventajosa se le requerirá para que en el plazo de diez días -salvo que la normativa autonómica disponga de otro superior que no exceda de veinte días hábiles-, presente la garantía definitiva y resto de documentación previa a la formalización del contrato. Señala al respecto el artículo 99.1 del ATRLCSP.

“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.” (Art.103.1 TRLCSP).

“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 [definitiva]. 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 artículo 151.2”- (Art.99.1 TRLCSP).

Precisa el artículo 151.2 del TRLCSP, las consecuencias, que hemos apuntado con anterioridad, de la no presentación, no sólo de la garantía definitiva, sino también del resto de documentación:

“El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente.(...) (...) De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.” (Art. 151.2 TRLCSP).

En la práctica, además de la señalada en el subapartado siguiente –D3-, pueden darse alguna de las siguientes situaciones:

- i) Que no se presente ni la garantía definitiva ni el resto de documentación. La consecuencia, en lo que a la garantía se refiere será la incautación de la garantía provisional.
- ii) Que se presente el resto de documentación pero no la garantía definitiva. La consecuencia será la misma que en el supuesto anterior: Incautación de la garantía provisional.
- iii) Que se presente la garantía definitiva pero no el resto de documentación. Aquí, al haberse presentado la garantía definitiva pierde su vigencia y habrá sido devuelta o cancelada la garantía provisional, por lo que, la incautación de la garantía provisional se sustituye por la incautación de la garantía definitiva, pero sólo hasta el importe garantizado por la garantía provisional, en igual modo

al que recoge el artículo 156.4 del TRLCSP, al que a continuación haremos referencia.

iv) Que la presentación de todos o algunos de tales documentos se realice fuera del plazo de diez días previsto por la norma. Considera el TACRC ([TA CENTRAL 061/2013](#)), que el plazo establecido por la normativa para presentar dicha documentación tiene carácter improrrogable, no siendo de aplicación subsidiaria la normativa al respecto de la LRJPAC, por lo que igualmente se entenderá retirada la oferta y se procederá a la incautación de la garantía provisional, o del importe de ésta sobre la garantía definitiva, si ésta última ha sido ya presentada y devuelta la provisional.

(Nota 13: Debe entenderse que iguales consecuencias a la no presentación de la documentación tendrá – “...de no cumplimentarse adecuadamente...”- la presentación defectuosa de la misma, o que su contenido no acredite los extremos debidos –que el licitador se encuentra al corriente de sus obligaciones y que dispone de los medios comprometidos-. Véase sin embargo nota 15).

D3.- No formalización del contrato una vez aportada la documentación exigida

Puede darse igualmente el supuesto de que habiendo sido presentada la totalidad de documentación a la que hace referencia el artículo 151.2, finalmente el contrato no se formalizase por causa imputable al ahora adjudicatario.

“Cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que en su caso hubiese exigido”. (Art. 156.4 TRLCSP).

La redacción del artículo 156.4 del TRLCSP, presenta la incautación de la garantía como discrecional por parte de la Administración (...“podrá acordar”...), en contra de lo dispuesto en el artículo 62.1 del RGLCAP (“Si algún licitador retira su proposición injustificadamente antes de la adjudicación o si el adjudicatario no constituye la garantía definitiva o, por causas imputables al mismo, no pudiese formalizarse en plazo el contrato, se procederá a la ejecución de la garantía provisional...” -Art.62.1 RGLCAP-) que sí contempla la incautación como consecuencia necesaria de la no formalización.

(Comentario 06: Si bien la redacción del artículo 156.4 del TRLCSP, no deja lugar a dudas sobre el carácter discrecional de la incautación en este supuesto –véase [MEH 51/2011](#)-, por lo que habrá de considerarse implícitamente derogado el artículo 62.1 RGLCAP respecto a este punto, no se alcanza a entender el por qué de la diferencia de tratamiento de este supuesto respecto a los vistos en el subapartado anterior en los que la incautación es obligatoria).

(Nota 14: Además, dada la redacción actual del artículo 60.2.d del TRLCSP, una vez presentada la documentación, la no formalización del contrato por causas imputables al adjudicatario impedirá que éste incurra en causa de prohibición para contratar: “... son circunstancias que impedirán a los empresarios contratar con las Administraciones Públicas las siguientes: d.- Haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o haber imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el artículo 151.2 dentro del plazo señalado mediando dolo, culpa o negligencia.” Véase al respecto el informe [CAT 02/12](#)).

(Nota 15 (C.10.22): Cabe señalar por último que si bien transcurrido el plazo para la formalización del contrato no cabe su formalización posterior, si es posible que el órgano de contratación, pueda ampliar el plazo para la formalización en los términos dispuestos en el artículo 49 de la Ley 30/1992. Véase al respecto los informes [MEH 032/2011](#), [MEH 51/2011](#), y [AND 02/12](#)).

E.- PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN

En cuanto al procedimiento de ejecución habrá de tenerse en cuenta las previsiones del TRLCSP y el RGLCAP respecto a la obligación de dar audiencia al contratista y al avalista o asegurador en su caso. (Art. 97.2 TRLCSP, que aunque referido a la garantía definitiva se entiende de aplicación en el caso de ejecución de la provisional).

De igual modo que en la garantía definitiva, el aval o seguro constituidos sólo podrá ser objeto de incautación en caso de existencia de responsabilidades derivadas del contrato afianzado, no pudiendo dirigirse contra los mismos providencia de embargo dictada por órgano jurisdiccional o administrativo

que traigan su origen en asuntos distintos a aquel objeto de la fianza (Art. 65 RGLCAP).

En el subapartado anterior se han analizado dos supuestos en que la ejecución de la garantía tiene lugar sobre la garantía definitiva a pesar de que las responsabilidades afianzadas lo son de la garantía provisional:

i) Que se haya aportado la garantía definitiva –sustituyendo así a la provisional que es devuelta o cancelada-, pero no el resto de documentación -a la que hace referencia el artículo 151.2 del TRLCSP-, necesaria para proceder a la adjudicación y formalización del contrato.

ii) Que aun habiendo sido aportada toda la documentación relacionada en el artículo 151.2 TRLCSP –incluida por lo tanto la garantía definitiva que sustituye a la provisional-, finalmente el contrato no se formalice por causa imputable al adjudicatario.

Se plantea entonces que trámites se han de seguir cuando en el procedimiento de contratación no hubiese sido exigida garantía provisional, pues en ambos casos nos encontramos con que la garantía definitiva si se encuentra constituida. ¿Debe la Administración actuar de igual modo que si hubiera existido garantía provisional y, en consecuencia, incautar sobre la definitiva el importe estimado de la provisional?

La respuesta de la doctrina de juntas consultivas y tribunales administrativos es contraria a tal posibilidad de incautación, dado que la garantía definitiva no tiene por objeto garantizar la formalización del contrato, sin perjuicio de que, por otra vía, puedan ser exigidos al licitador o adjudicatario los daños y perjuicios causados.

[Doctrina 30 (C.10.23): *Habiéndose presentado la garantía definitiva en un procedimiento para el que no ha sido exigida garantía provisional, aquélla no puede ser incautada en el importe de ésta, en el supuesto de no formalización del contrato por causas imputables al adjudicatario: “En segundo lugar se plantea qué ocurre si no se ha exigido en los pliegos la constitución de una garantía provisional. En este caso, entiende esta Junta Consultiva, no procederá la incautación parcial de la garantía provisional [error de redacción, debería decir “definitiva”], dada la configuración que de la garantía definitiva hace el TRLCSP en su conjunto y, en especial, su artículo 100. Este precepto determina las obligaciones a las cuales queda afecta la garantía definitiva, y al hacerlo no incluye entre las mismas la obligación del adjudicatario de formalizar el contrato en plazo. Por ello cuando no se haya exigido la constitución de una garantía provisional no procederá incautar parte alguna de la garantía definitiva. Ello sin perjuicio de la posibilidad que tiene la Administración de exigir los daños y perjuicios que, en su caso, pudieran derivarse de la no formalización del contrato por parte del contratista por causa imputable al mismo y que, en el caso de serle reconocidos vía jurisdiccional, podrán hacerse efectivos con cargo a la garantía definitiva.” -[MEH 51/2011](#)-.*

“Del análisis de la citada disposición (156.4 TRLCSP) se deducen dos premisas:

1.- *Que el legislador, en el caso de no formalización del contrato por el adjudicatario, no ha previsto la incautación de la garantía definitiva, situación que además no se encuentra entre los supuestos previstos en el artículo 100 del TRLCSP, y es que tal garantía definitiva responde de aquellos conceptos que están ligados con la ejecución del contrato, y en el supuesto que se plantea aún no nos encontramos en presencia de un contrato, puesto que para la perfección del mismo se necesita su formalización según dispone el artículo 27 del TRLCSP.*

2.- *Que la norma, ante una causa imputable al adjudicatario, que podría asimilarse a la retirada injustificada de su proposición, ha previsto un mecanismo a través del cual se podrá incautar el importe equivalente a la garantía provisional haciéndola efectiva sobre la garantía definitiva depositada, lo que de suyo conlleva que la diferencia restante deberá ser devuelta al adjudicatario. Pero para que tal incautación sea posible la norma en su inciso final pone una condición, que la garantía provisional, dice textualmente “en su caso hubiese exigido”. De manera que si tal previsión no constó en el pliego no habrá posibilidad de tal incautación. (...)*

En definitiva y en relación con la consulta sobre este extremo hay que concluir que no es posible incautar el equivalente de una garantía provisional y que, además, al no haberse perfeccionado el contrato y por tanto iniciada su ejecución, no podrán producirse los supuestos previstos de responsabilidad a la que estaría afecta la garantía definitiva, por lo que esta deberá ser devuelta.” - [AND 02/12](#)-].

En igual sentido el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias [CAN 02/2013](#), la resolución del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid [TA MAD 017/2013](#)].

Es discutible que la solución adoptada en este segundo supuesto, se pueda extender a aquellos casos en que el licitador que ha presentado la proposición económicamente más ventajosa hubiera sido requerido para presentar la documentación a la que hace referencia el artículo 151.2, procediendo a presentar la garantía definitiva (sustituyéndola por la provisional), pero no el resto de la documentación.

No nos encontramos aquí ante un supuesto de no formalización del contrato, pues el mismo no ha sido adjudicado, hecho que tendrá lugar una vez presentada la documentación a la que hace referencia el artículo 151.2, según señala el artículo 151.3 del TRLCSP y no, como erróneamente pudiese deducirse de la defectuosa redacción del artículo 99.1 del TRLCSP, cuando el mismo sustituye la garantía provisional por la definitiva.

La norma (Artículo 103.1 del TRLCSP) es clara en considerar este supuesto como causa de incautación de la garantía provisional. Ahora bien, tampoco aquí contempla el modo de actuar en aquéllos supuestos en que la garantía provisional no ha sido exigida. En principio cabe emplear igual argumento que el utilizado –y anteriormente reproducido– por la JCCA del Estado en su informe [MEH 51/2011](#): El artículo 100 del TRLCSP no incluye entre las obligaciones a las cuales queda afecta la garantía definitiva, la de aquél que presenta la oferta económicamente más ventajosa de presentar el resto de documentación al que hace referencia el artículo 151.2 del TRLCSP. En cualquier caso sería deseable un pronunciamiento expreso en tal sentido.

(Nota 16: La solución práctica a esta cuestión se producirá exigiendo la presentación simultánea de toda la documentación a la que hace referencia el artículo 151.2 del TRLCSP).

Otra cuestión que cabe plantear, es sí la exigencia de responsabilidades puede ir más allá de la incautación de la garantía, de modo tal que si los daños y perjuicios acreditados en su caso por la Administración pueden ser de importe superior al de la garantía provisional, los mismos puedan ser exigidos vía de apremio al licitador. Al respecto el criterio de la Comisión Consultiva de la Junta de Andalucía se muestra contraria a dicha posibilidad.

[Doctrina 31 (C.10.24): Garantía provisional y reclamación de daños y perjuicios. *“En cuanto a otro tipo de responsabilidades, penalidades o daños y perjuicios hay que indicar que, salvo que los mismos hayan sido previstos en el pliego, la legislación sobre contratos no los prevé para la fase de adjudicación del contrato o de su formalización, salvo lo dicho sobre la [incautación de la] garantía provisional. Dichas exigencias se regulan para cada caso en concreto en el Libro IV del TRLCSP para la fase de ejecución.”* - [AND 02/12](#)-].

(Nota 17: No existe discusión respecto a que en el caso de la garantía provisional la incautación se producirá por el total de su importe).

F.- DEVOLUCIÓN Y CANCELACIÓN

Excepto la del licitador cuya proposición hubiera sido seleccionada para la adjudicación, la garantía provisional se extinguirá automáticamente y será devuelta a los licitadores inmediatamente después de la adjudicación del contrato (Art. 103.4 TRLCSP).

[Comentario 07: A mi entender no ha sido debidamente valorado, ni desarrollado, el cambio que supuso la redacción del artículo 91.4 LCSP –actual 103.4 TRLCSP– a partir de la reforma introducida por la Ley 34/2010, respecto a la contenida en el artículo 35.2 TRLCAP, en lo que se refiere a la extinción de la garantía provisional.

“La garantía provisional será devuelta a los interesados inmediatamente después de la propuesta de adjudicación del contrato...” (Art. 35.2 TRLCAP).

“La garantía provisional se extinguirá automáticamente y será devuelta a los licitadores inmediatamente después de la adjudicación del contrato.” (Art. 91.4 LCSP posterior a la reforma introducida por la Ley 34/2010, de igual redacción al actual 103.4 TRLCSP).

De la lectura del actual artículo 103.4 TRLCSP, individualmente o en comparación con la redacción del TRLCAP, ha de concluirse que el acto de adjudicación por sí sólo, esto es, sin necesidad de que el contrato se formalice supone la extinción de la garantía provisional para el resto de licitadores. Ello supone o debería suponer importantes consecuencias:

1º) Si finalmente el contrato adjudicado no es formalizado, las Juntas Consultivas ([MEH 51/2011](#); [CAT 02/12](#)), tal y como ya ha sido expuesto con anterioridad, consideran que se aplicará analógicamente lo previsto para el supuesto de no presentación de la documentación por parte de quién ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, esto es, se recabará la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas, con el fin de adjudicar y formalizar con este el contrato. Se trata de una interpretación de suma importancia, ya que de no hacerse en el sentido apuntado, y en ausencia de precepto legal que lo regule, cabría entender que la no formalización del contrato por el adjudicatario -ya presentada por lo tanto toda la documentación requerida-, habría de llevar a iniciar nuevamente el procedimiento de contratación o acudir a la revisión de oficio prevista en el artículo 102 y siguientes de la LRJPAC.

Pues bien, en lo que ahora aquí interesa, cabe señalar que si se da tal supuesto, en el momento en que se le requiere la documentación a este segundo (o posterior) licitador, la garantía provisional que en su caso el mismo hubiera prestado, no se encontrará ya vigente porque así lo afirma el artículo 103.4 del TRLCSP, y lo confirma el párrafo primero del citado precepto que señala que la garantía provisional responde *“...del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación del mismo”*. En otras palabras, adjudicado el contrato, las ofertas presentadas por el resto de licitadores dejan de ser vinculantes para éstos frente a la Administración, por lo que, si bien la Administración según interpretación de las JJ.CC. deben recabar la misma documentación al licitador siguiente (y en su caso sucesivos), para éstos, no existe obligación de formalizar el contrato con la Administración en las condiciones que hubieran ofertado, pudiendo optar por formalizar el contrato o por no aportar la documentación y/o no firmar el contrato, sin que ninguna consecuencia negativa para sus intereses pueda derivarse de tal proceder, esto es, sin que le pueda ser incautada la garantía provisional, en el supuesto de que la misma no hubiese sido ya devuelta o cancelada.

2º) En segundo lugar, la extinción automática de la garantía provisional debería así mismo suponer que la notificación de la adjudicación del contrato a otro licitador -si éste no contiene ya pronunciamiento expreso respecto a la cancelación de las garantías del resto de licitadores-, fuese documento suficiente para que el avalista o compañía de seguro procediese a cancelar el aval o seguro de caución constituido, evitando así el licitador los costes que el mantenimiento de la misma le supone en aquellos supuestos en que se demora la efectiva cancelación.)

Además, habrá de tenerse en cuenta el derecho que asiste al licitador a retirar su proposición, y por lo tanto a que le sea devuelta la garantía provisional constituida, en el caso de que la adjudicación no tenga lugar en el plazo de quince días (criterio único), ó dos meses (pluralidad de criterios) a contar desde el día siguiente a la apertura de las proposiciones (Art. 161 TRLCSP) salvo en el supuesto de que existan proposiciones anormales o desproporcionadas (Art.161.3 TRLCSP). Tal posibilidad hace de imposible extensión la consecuencia prevista en el artículo 102.2 para la garantía definitiva en orden a que le sean abonada además de la cantidad aportada como garantía, el interés legal sobre la misma a contar desde el momento en que debió ser acordada su devolución (o los gastos de mantenimiento de aval o seguro).

..

El adjudicatario podrá aplicar el importe de la garantía provisional a la definitiva o proceder a una nueva constitución de esta última, en cuyo caso la garantía provisional se cancelará simultáneamente a la constitución de la definitiva (Art. 103.5 TRLCSP).

4.- OTRAS GARANTÍAS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Además de la garantía provisional y definitiva y las variantes o modificaciones respecto a esta última (global, complementaria, reajuste y revisión), el TRLCSP hace mención a otras garantías, exigibles sí concurren en el contrato determinadas circunstancias, y así cabe que las mismas sean exigidas en las siguientes situaciones:

- Abonos a cuenta y anticipos.
- Aportación de medios por la Administración.
- Situación concursal del adjudicatario.
- Solicitud de adopción de medidas provisionales efectuada con ocasión de la interposición de recurso especial en materia de contratación.

A.- POR ABONOS A CUENTA Ó ANTICIPOS

La ley y el Reglamento prevén la posibilidad de que la Administración adelante ciertas cantidades a favor del contratista en concepto de abonos a cuenta o anticipo, exigiendo que previamente aquél constituya garantía sobre tales cantidades.

(Nota 18: En cualquier caso no deben confundirse estos abonos a cuenta, caracterizados por ser preparatorios a la ejecución del contrato, de aquellos otros pagos que en los contratos de resultado –a diferencia de los de tracto sucesivo-, como por ejemplo el de obras, se vayan realizando a medida que se completa la prestación ,y que tienen el carácter de pagos o abonos a cuenta, por estar sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final -Art. 216.2 y 232.1 TRLCSP-).

Establece el artículo 216.3, como **regla general**, el derecho del contratista a percibir abonos a cuenta:

“El contratista tendrá también derecho a percibir abonos a cuenta por el importe de las operaciones preparatorias de la ejecución del contrato y que estén comprendidas en el objeto del mismo, en las condiciones señaladas en los respectivos pliegos, debiéndose asegurar los referidos pagos mediante la prestación de garantía.” (Art.216.3 TRLCSP).

Las condiciones de los abonos a cuenta por operaciones preparatorias deben estar previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, aunque esta prevención pueda consistir en una remisión a las condiciones y requisitos establecidos en los pliegos generales. En todo caso, las condiciones establecidas en los PCAP habrán de observar los requisitos establecidos en la Ley y el Reglamento.

Respecto al **contrato de obra**, se regula esta materia en los artículos 232.2 TRLCSP y 155 a 157 RGLCAP.

El estudio de conjunto de los abonos a cuenta por materiales acopiados y por instalaciones y equipos se recoge en el [Tema 13.- Certificaciones de obra, pago en el precio y demora en el pago](#). Cabe aquí reiterar lo apuntado en el citado tema, en lo relativo a las garantías exigibles:

“El contratista tendrá también derecho a percibir 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 que se señalen en los respectivos pliegos de cláusulas administrativas particulares y conforme al régimen y los límites que con carácter general se determinen reglamentariamente, debiendo asegurar los referidos pagos mediante la prestación de garantía.” (Art. 232.2 TRLCSP).

“1.- Las garantías que, conforme a lo dispuesto en el artículo 145.2 de la Ley, (Art. 232.2 TRLCSP) deben constituirse para asegurar el importe total de los pagos a cuenta por las operaciones preparatorias realizadas como instalaciones y acopio de materiales o equipos de maquinaria pesada adscritos a la obra, se regirán por lo dispuesto para las garantías, con carácter general, en la Ley y en este Reglamento.

2. El contratista tendrá derecho a la cancelación total o parcial de estas garantías a medida que vayan teniendo lugar las deducciones para el reintegro de los abonos a cuenta percibidos.” (Art.157.1 y 2 RGLCAP).

- La exigencia de garantía es obligatoria y se constituirá en alguna de las formas previstas en el artículo 96 TRLCSP, esto es metálico, valores en deuda pública, aval y seguro de caución. No parece coherente, dada la finalidad del abono a cuenta –que el contratista disponga e liquidez-, que la garantía se constituya mediante retención en el precio.
- Tratándose de contratación en el extranjero podrá excepcionalmente y en resolución motivada, eximirse de la prestación de esta garantía, siempre que ello sea conforme con las prácticas comerciales internacionales.
- La garantía que se constituya ha de cubrir el importe total del pago a cuenta a realizar.
- El contratista tendrá derecho a la cancelación total o parcial de estas garantías a medida que vayan teniendo lugar las deducciones para el reintegro de los abonos a cuenta percibidos.

Para los contratos de **consultoría y asistencia u otros contratos de servicios que sean de tracto sucesivo** también se prevé la posibilidad de percibir abonos a cuenta por las operaciones preparatorias, así como el cobro de trabajos efectuados antes de que se produzca la entrega parcial de los mismos, siempre que se encuentre previsto en los pliegos y se constituya previamente garantía.

“El adjudicatario [de un contrato de consultoría y asistencia u otro de servicios que sea de tracto sucesivo] tendrá derecho a percibir a la iniciación de la ejecución del contrato hasta un 20 % del importe total del mismo, como abono a cuenta para la financiación de las operaciones preparatorias, debiéndose asegurar el referido pago mediante la prestación de garantía.” (Art. 201.1. RGLCAP).

“Los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán autorizar valoraciones parciales por trabajos efectuados antes de que se produzca la entrega parcial de los mismos. Prevista esta posibilidad, para que las certificaciones consecuencia de dichas valoraciones puedan ser abonadas deberá solicitarse por el contratista y ser autorizadas por el órgano de contratación.

Las certificaciones consecuencia de las valoraciones parciales por trabajos efectuados a que se refiere el párrafo anterior sólo podrán tramitarse cuando el contratista haya garantizado su importe, mediante la prestación de la garantía correspondiente en los términos de los artículos 35 a 47 de la Ley [95 a 103 TRLCSP] y 55 a 65 de este Reglamento.” (Art. 200 RGLCAP).

En los supuestos de **contratación en el extranjero**:

“El pago del precio se condicionará a la entrega por el contratista de la prestación convenida, salvo que se oponga a ello el derecho o las costumbres del Estado, en cuyo supuesto se deberá exigir garantía que cubra el anticipo, prestada en la forma prevista en la letra f). Excepcionalmente, por resolución motivada del órgano de contratación, y cuando las circunstancias así lo impongan, podrá eximirse de la prestación de esta garantía, siempre que ello sea conforme con las prácticas comerciales internacionales.” (D.A. Primera. TRLCSP).

En los contratos que tengan por objeto la **prestación de actividades docentes** en centros del sector público podrá establecerse el pago parcial anticipado, previa constitución de garantía por parte del contratista, sin que pueda autorizarse su cesión (Art.304 TRLCSP).

Añadir por último que La Ley –Art.256 TRLCSP-, recoge también para el contrato de concesión de obras públicas la posibilidad de entrega de anticipos por parte de la Administración, pero sin vincularlos en este caso necesariamente a la previa constitución de la garantía, sino que se habrá de estar a lo previsto en los términos de la concesión. De modo similar en el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado –Art. 317.6 TRLCSP-, en el que en principio tampoco es exigible la constitución de garantía pero si llevar a cabo determinados trámites previos.

B.- POR APORTACIÓN DE MEDIOS POR LA ADMINISTRACIÓN

Con carácter general se refiere a ella el artículo 150.3.c) TRLCSP, concretando las circunstancias para el contrato de obras el artículo 119 RGLCAP, y para el contrato de suministro de fabricación con entrega de materiales el artículo 187 TRLCSP. En todo caso, son sus notas características las siguientes:

- No es obligatoria su exigencia.
- De exigirse, el tipo de garantía a constituir no deberá ser necesariamente una de las contenidas en el artículo 96 TRLCSP, y así por ejemplo, la garantía podrá concretarse en el aseguramiento por parte del contratista de los bienes entregados por la administración frente a su menoscabo o destrucción (seguro a todo riesgo o similar).

Las normas de contratación lo regulan en los siguientes términos:

“La valoración de más de un criterio procederá, en particular, en la adjudicación de los siguientes contratos:... c.- Aquéllos para cuya ejecución facilite el órgano, organismo o entidad contratante materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas.” (Art. 150.3. c) TRLCSP).

“En los contratos de obras la Administración podrá aportar, total o parcialmente, los materiales, maquinaria, instalaciones u otros medios destinados a su ejecución. Cuando la Administración facilite al contratista materiales precisos para la obra se considerarán éstos en depósito desde el momento de la entrega, siendo el contratista responsable de su custodia y conservación hasta tanto que la obra sea recibida sin perjuicio de que el órgano de contratación pueda fijar en el pliego de cláusulas administrativas particulares las garantías que estime pertinentes.” (Art.119 RGLCAP).

“En los contratos de suministro de fabricación a los que se refiere el artículo 172.1, párrafo c), de la Ley, cuando la Administración aporte total o parcialmente los materiales precisos se considerarán éstos depositados bajo la custodia del adjudicatario, que deberá prestar, además, las garantías especiales que al efecto fijará el pliego de cláusulas administrativas particulares.” (Art. 187.1 TRLCSP).

C.- GARANTIAS EN EL SUPUESTO DE SITUACIÓN CONCURSAL DEL ADJUDICATARIO

Establece el artículo 223. b) TRLCSP como causa de resolución del contrato *“La declaración de concurso o la declaración de insolvencia”*, concretando en el artículo 224.2 TRLCSP que *“La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, darán siempre lugar a la resolución del contrato”*.

Pues bien, en tanto no se haya producido la apertura de la fase de liquidación “...*la Administración potestativamente continuara el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución*” (Art. 224.2 TRLCSP).

No se trata aquí de que, necesariamente, esta garantía se formalice en el modo previsto para la garantía definitiva o provisional, ni incluso que se haya de formalizar documentalmente en modo alguno, sino de que la Administración *sienta garantizada* que la prestación contratada será finalizada por el contratista en el plazo y condiciones pactadas, así por ejemplo cabe entender existe tal garantía si el contratista mantiene los medios personales y materiales para la ejecución de los trabajos, si no se producen retrasos en la ejecución, etc. En cualquier caso, corresponde a la Administración discrecionalmente, determinar en su caso el tipo de garantía exigible, o el modo en que entiende la ejecución del contrato se encuentra garantizada.

D.- POR LA SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES, EN EL RECURSO ESPECIAL EN MATERÍA DE CONTRATACIÓN

De la adopción de las medidas provisionales solicitadas por quién ha interpuesto o vaya a interponer el recurso especial en materia de contratación, pudieran derivarse perjuicios para el procedimiento de contratación que se tramita –precisamente tal paralización suele ser por lo general la medida cautelar que se solicita-, de ahí que bien el Tribunal de oficio, bien a instancia del órgano de contratación pueda requerir que previamente a la adopción efectiva de la medida se presente garantía por el recurrente.

“ 1.- Antes de interponer el recurso especial regulado en este Libro, las personas físicas y jurídicas, legitimadas para ello con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior, podrán solicitar ante el órgano competente para resolver el recurso la adopción de medidas provisionales.

(...)

“3.- Cuando de la adopción de las medidas provisionales puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquéllas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida.”

“Reglamentariamente se determinará la cuantía y forma de la garantía a constituir así como los requisitos para su devolución.” (Art. 43. 1 y 3 TRLCSP).

“La resolución (del recurso) deberá acordar, también, el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si en el momento de dictarla continuase suspendido, así como de las restantes medidas cautelares que se hubieran acordado y la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de las mismas, si procediera.” (Art. 47.4 TRLCSP).

(Nota 19: El [Tema 2.- El recursos en materia de contratación administrativa](#), trata en todo su extensión esta cuestión).

5.- GARANTIAS EN CONTRATOS CELEBRADOS POR OTROS ENTES DEL SECTOR PÚBLICO

“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.

2. El importe de la garantía, que podrá presentarse en alguna de las formas previstas en el artículo 96, así como el régimen de su devolución o cancelación serán establecidos por el órgano de contratación, atendidas las circunstancias y características del contrato.” (Art.104 TRLCSP).

Conforme al artículo 104 TRLCSP las notas que caracterizan el régimen de garantías celebrados por entes que no tengan la consideración de Administraciones Públicas son:

- 1.- Corresponde al ente determinar, tanto para la garantía provisional como para la definitiva, su exigencia, así como el régimen de su constitución, y cancelación o devolución.
- 2.- De exigirla está facultado igualmente para establecer su cuantía y la forma en que habrá de constituirse.
- 3.- En todo caso, como en cualquier otra actuación de estos entes, que ha de ser conforme a los principios que rigen en la contratación pública, sus requerimientos al respecto no podrán ser contrarios a tales principios, por ejemplo exigiendo cuantías o instrumentos de formalización que supongan un límite a la libre concurrencia.

6.-MODIFICACIONES OPERADAS POR LA LEY 14/2013

Nos limitaremos aquí a señalar el alcance de las modificaciones introducidas en el TRLCSP por *Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, a las que ya se ha hecho referencia a lo largo del presente tema.

(Nota 20: En negro y tachado redacción anterior del TRLCSP, en azul modificaciones introducidas).

Artículo 96. Garantías admitidas.

~~2. 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.~~

2. Cuando así se prevea en los pliegos, la garantía en los contratos de obras, suministros y servicios, así como en los de gestión de servicios públicos cuando las tarifas las abone la administración contratante, podrá constituirse mediante retención en el precio. En el pliego se fijará la forma y condiciones de la retención.

~~3. Cuando así se prevea en el pliego, la acreditación de la constitución de la garantía podrá hacerse mediante medios electrónicos, informáticos o telemáticos.~~

3. La acreditación de la constitución de la garantía podrá hacerse mediante medios electrónicos, salvo que en el pliego se establezca lo contrario.

—

Artículo 102. Devolución y cancelación de las garantías.

5. Transcurrido un año desde la fecha de terminación del contrato, sin que la recepción formal y la liquidación hubiesen tenido lugar por causas no imputables al contratista, se procederá, sin más demora, a la devolución o cancelación de las garantías una vez depuradas las responsabilidades a que se refiere el artículo 100.

~~Cuando el importe del contrato sea inferior a 1.000.000 de euros, si se trata de contratos de obras, o a 100.000 euros, en el caso de otros contratos, el plazo se reducirá a seis meses.~~

Cuando el importe del contrato sea inferior a 1.000.000 de euros, si se trata de contratos de obras, o a 100.000 euros, en el caso de otros contratos, o cuando las empresas licitadoras reúnan los requisitos de pequeña o mediana empresa, definida según lo establecido en el Reglamento (CE) n.º 800/2008, de la Comisión, de 6 de agosto de 2008, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado y no estén controladas directa o indirectamente por otra empresa que no cumpla tales requisitos, el plazo se reducirá a seis meses.”

7.- EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO EN EL TRLCAP, EN LA LCSP ANTERIOR A LA REFORMA OPERADA EN LA LEY 34/2010 Y EN LA ACTUALIDAD

Se debe hacer referencia al momento en que las distintas leyes de contratación han venido considerando perfeccionado el contrato y las consecuencias que ello supone en el régimen de las garantías. No solo habrá que diferenciar entre la regulación de la LCSP y la del TRLCAP, sino también dentro de la LCSP, la regulación anterior y posterior a la reforma introducida en la misma por la Ley 34/2010, siendo esta última la misma que la contenida actualmente en el TRLCSP, que en este aspecto no ha sufrido modificación alguna por la Ley 14/2013 de Emprendedores.

En el TRLCAP, el contrato se perfecciona en el momento de la adjudicación efectuada por el órgano de contratación (Art. 53 TRLCAP). Adjudicado, y por lo tanto perfeccionado el contrato, el contratista debía realizar los actos necesarios para proceder a la formalización del contrato, entre ellos la sustitución de la garantía provisional por la definitiva. Cuando por causas imputables al contratista no pudiera haberse formalizado el contrato en el plazo señalado, dado que el contrato se encontraba ya perfeccionado, el órgano de contratación podía resolver el contrato procediendo entonces la incautación de la garantía provisional y la indemnización por daños y perjuicios (Art. 54 TRLCAP).

En la LCSP, anterior a la reforma introducida por la Ley 34/2010, se diferenciaba entre adjudicación provisional y adjudicación definitiva. El contrato se perfeccionaba con la adjudicación definitiva (antiguo Art. 21.1 LCSP). Adjudicado provisionalmente el contrato, el adjudicatario debía proceder a presentar la documentación exigible —entre ella la garantía definida— en el plazo de quince días hábiles (contados desde la publicación en un diario oficial o en el perfil del contratante no siendo en consecuencia necesaria la notificación al adjudicatario). De no hacerlo procedía la incautación de la garantía provisional y la Administración “...antes de proceder a una nueva convocatoria podrá efectuar una nueva adjudicación

provisional al licitador o licitadores siguientes a aquél en el orden en que hayan quedado clasificadas sus ofertas..." (antiguo Art.135.5 LCSP). Presentada la documentación exigible la adjudicación provisional se elevaba a definitiva, y en consecuencia se perfeccionaba el contrato. Si posteriormente no se formalizaba el contrato por causa imputable al contratista procedía la resolución del contrato tal y como se previa en el antiguo artículo 206. d., teniendo como consecuencia según remisión que hacia el antiguo artículo 208.1, al antiguo artículo 140.3 la incautación de la garantía.

En la regulación contenida en la LCSP posterior a la reforma de la Ley 34/2010 –la misma que la actual del TRLCSP– el contrato se perfecciona en el momento en que se formaliza, además, se refunde en un solo acto la adjudicación provisional y definitiva. Ya se ha visto y anotado que los “remiendos” hechos a la LCSP, supone que ahora haya de distinguirse tres supuestos (a.- Adjudicación del contrato y no constitución de la garantía definitiva, b.- Constitución de la garantía definitiva pero no aportación del resto de documentación c.- Aportación de toda la documentación exigible pero no formalización del contrato), siendo distintos en cada caso los efectos sobre las garantías, remitiéndonos para su estudio al punto 3.4 del presente tema.