

Sc. Comisión Consultiva
GK/.

Informe 1/2013, de 12 de julio, sobre posibilidad de devolución de la garantía definitiva en los supuestos de suspensión y recepción parcial de contrato.

I.- ANTECEDENTES

El Director Gerente de la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía remite escrito a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en petición de informe con el siguiente texto:

“Con fecha 17 de mayo de 2010 se firmó contrato de servicios para el Control de Calidad de las obras del Eje Ferroviario Transversal de Andalucía. Tramo: Santa Justa - Enlace Club de Campo, entre el Contratista y Ferrocarriles de la Junta de Andalucía, actualmente Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía.

El régimen jurídico aplicable a dicho contrato es la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en lo que no se oponga a la LCSP y Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público.

Para responder de las obligaciones del contrato fue constituida una garantía definitiva a favor de Ferrocarriles de la Junta de Andalucía, por importe de DIECISEIS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO EUROS CON QUINCE CÉNTIMOS (16.274,15).

Las referencias a la garantía del contrato (estipulación octava) y del pliego (cláusulas 17 d), 24 y Anejo 6 y 7) no contemplan la devolución de la garantía, por ninguna otra causa que no sea los motivos contemplados en el artículo 90 de la Ley de Contratos del Sector Público, cuando se produzca 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.

En septiembre de 2012 se solicita por el contratista la devolución de la garantía definitiva, por la paralización de las obras.

Según informe del Gerente de esta actuación, el contrato de referencia se encuentra actualmente pendiente de orden inicio, supeditado al contrato de las obras del Eje Ferroviario Transversal de Andalucía. Tramo: Santa Justa – Enlace Club de Campo. En un primer momento, el contrato de obra no comenzó por no disponer de terrenos. Posteriormente y debido a las reprogramaciones de obras, se acordó la paralización, por lo que se firmó documento de paralización temporal con fecha 15 de noviembre de 2011, suspendiéndose la ejecución de la misma hasta el 1 de



enero de 2013. Posteriormente, el 20 de diciembre de 2012, al continuar las mismas causas, y siendo inviable el inicio de los trabajos se acuerda mantener la suspensión temporal total hasta el 1 de enero de 2015.

En términos generales, las responsabilidades a las que está afecta la garantía definitiva son las derivadas de 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, 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.

Se desprende de lo anterior que, no habiéndose dado orden de inicio para la ejecución del contrato, y no existiendo culpa del contratista, a día de hoy las responsabilidades por parte del adjudicatario a las que estuviera afecta la garantía definitiva quedan sin objeto.

Hay que tener en cuenta que el mantenimiento de la garantía supone, por sí mismo, un gasto financiero para el contratista.

Hay que considerar que el retraso en el inicio y posterior ejecución del contrato está motivado por la dificultad presupuestaria de la propia Administración, derivada de la crisis económica, y que si finalmente este contrato se resolviera, este gasto debería asumirlo dicha Administración, ya que según el artículo 203 de la Ley de Contratos del Sector Público, en este caso debería de abonar al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este.

El fuerte impacto de la crisis económica en las relaciones entre contratista y Administración, nos plantea la necesidad de considerar la posibilidad de devolver la garantía definitiva al contratista, dado el retraso de dos años y medio sin dar comienzo a los trabajos objeto del contrato en su día firmado, y sin tener una previsión a corto plazo cierta del comienzo de los mismos. En dicho caso, el inicio de dichos trabajos quedaría totalmente condicionado a la nueva constitución del importe de la garantía definitiva devuelta.

En estas circunstancias, se nos plantean dos cuestiones:

El artículo 90.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establece que *“En el supuesto de recepción parcial sólo podrá el contratista solicitar la devolución o cancelación de la parte proporcional al de la garantía cuando así se autorice expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares.”*. Si en el supuesto de una recepción parcial, se puede devolver la garantía definitiva, en la parte proporcional de la ejecución, ¿podríamos entender que un contrato en situación de suspensión temporal total, podría conllevar la misma consecuencia?. ¿Podríamos considerar que la ley tiene un vacío legal en este aspecto, e insistiendo en el difícil momento económico que estamos sufriendo, y que los gastos financieros generados se van a repercutir a la Administración, hacer una aplicación analógica del artículo 90.3?.



Para el supuesto de que se resolviera afirmativamente la respuesta anterior, se plantea la duda de si procedería la devolución parcial de la garantía definitiva aun cuando el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares no lo contemplara. En este caso, se entendería procedente la devolución de la parte correspondiente a lo no ejecutado, manteniéndose en poder del órgano de contratación el resto del aval; o bien la constitución de una nueva garantía por importe proporcional con devolución de la total constituida.

En cualquiera de los casos expuesto el reinicio de los trabajos quedaría condicionado a la constitución, de nuevo, del importe de la garantía devuelta.”

II.- INFORME

Las cuestiones objeto de consulta se concretan de una parte en dilucidar si es posible la devolución de la garantía definitiva en el supuesto de suspensión de la ejecución del contrato con constitución de una nueva garantía cuando se acuerde su reinicio, y de otra parte si es posible la devolución de la parte proporcional de la garantía en el supuesto de recepción parcial aún cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares no lo haya previsto.

Sobre estas cuestiones ya tuvo ocasión de pronunciarse el Letrado Jefe de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Hacienda y Administración Pública en su Informe HPPI00253/12, de 6 de junio de 2012, al que seguiremos en la exposición de este Informe.

El texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (TRLCSP), dedica sus artículos 95 a 102 a regular la garantía definitiva a prestar en los contratos celebrados con las Administraciones Públicas.

El artículo 95 del TRLCSP dispone que *“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 por 100 del importe de adjudicación”,* y que *“No obstante, atendidas las circunstancias concurrentes en el contrato, el órgano de contratación podrá eximir al adjudicatario de la obligación de constituir garantía, justificándolo adecuadamente en los pliegos, especialmente en el caso de suministros de bienes consumibles cuya entrega y recepción deba efectuarse antes del pago del precio. Esta exención no será posible en el caso de contratos de obras y de concesión de obras públicas.”*

Por lo tanto, en los contratos sobre los que versa la consulta el TRLCSP sitúa en el ámbito de potestad del órgano de contratación la decisión de eximir la constitución de la garantía, con el único requisito de justificarlo adecuadamente en los pliegos.



Siendo potestativa, por tanto, la exigencia de garantía definitiva en estos contratos, lo cierto es que una vez establecida su necesidad, dicha garantía queda sometida a las reglas establecidas al respecto tanto en la ley como en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Pues bien, el contenido del pliego que rige el contrato es claro en cuanto al momento en el que debe procederse a la devolución de la garantía definitiva, señalando a este respecto que una vez efectuada la recepción de la totalidad del trabajo y cumplido el plazo de garantía se procederá a la devolución de la garantía prestada, si no resultaren responsabilidades que hubieren de ejercitarse sobre la garantía, de conformidad con lo establecido en el artículo 90 de la LCSP (actual 102 del TRLCSP).

Esta cláusula es conforme con el contenido del citado artículo 102 del TRLCSP a cuyo tenor *“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.”*, y resulta consecuente con la finalidad de la garantía definitiva, la cual, tal y como ha señalado la jurisprudencia (entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1987), tiene como objetivo asegurar el cumplimiento del contrato ya formalizado y las responsabilidades del contratista frente a la Administración y a terceros, siendo su finalidad la de resarcir los daños y perjuicios que se causen por negligencia, morosidad o cualquier otro incumplimiento de las obligaciones contractuales (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1996).

De esta forma, si se devolviera la garantía definitiva con anterioridad al momento indicado en la Ley y en el pliego se frustraría la finalidad de la misma, vulnerándose las reglas legales y contractuales establecidas al respecto.

Por ello no se considera posible la devolución de la garantía definitiva en el supuesto de suspensión de la ejecución del contrato 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.

La consulta relativa a la posibilidad de la devolución de la parte proporcional de la garantía en el supuesto de recepción parcial aún cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares no lo haya previsto debe ser resuelta negativamente.

Efectivamente el artículo 102.3 del TRLCSP dispone que *“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.”*

La interpretación de este artículo no admite dudas al respecto por lo que, si la posibilidad de solicitar el contratista la devolución o cancelación parcial de la garantía no se prevé en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares, habrá que estar a lo establecido en los mismos y, por lo tanto, esperar a



que los contratos se ejecuten en su totalidad y transcurra el plazo establecido para proceder a la devolución o cancelación de la garantía definitiva de conformidad con lo establecido por el TRLCSP para la generalidad de los contratos de la Administración, no existiendo fundamento legal alguno para exceptuar a estos contratos del sometimiento al régimen general de devolución y cancelación de la garantía definitiva.

Por último, hay que señalar el carácter vinculante de los pliegos tanto para los licitadores y adjudicatarios de los contratos como para la Administración en cuanto comprensivos de los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato (artículo 115 TRLCSP), los cuales deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas (artículo 209 TRLCSP), lo que impide que la Administración pueda apartarse o alterar su contenido en el transcurso de la ejecución de los contratos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación a favor de la Administraciones Públicas.

III.- CONCLUSIÓN

No se considera posible la devolución de la garantía definitiva en el supuesto de suspensión de la ejecución del contrato 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.

No es 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.

Es todo cuanto se ha de informar.

