

## **JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA (COMISIÓN PERMANENTE)**

### **INFORME 6/2021**

**Barcelona, 15 de diciembre de 2021**

**Asunto: La garantía definitiva de los contratos de las administraciones públicas. Análisis de la posibilidad de su devolución o cancelación anticipada antes de la finalización del plazo de ejecución.**

#### **ANTECEDENTES**

I. Desde el Consejo Comarcal de la Segarra se ha solicitado el informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa respecto a la posibilidad de devolver la garantía definitiva de un contrato de servicios vigente.

De acuerdo con la Instrucción 1/2005, de 4 de octubre, de esta Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, sobre los requisitos que deben reunir las solicitudes de informe formuladas a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, el escrito de petición de informe adjunta un informe jurídico emitido por el secretario del Consejo Comarcal, en el que se concretan las circunstancias que dan lugar a la petición. Así, se señala que el 13 de mayo de 2020 se adjudicó un contrato de servicios que tiene por objeto la prestación de determinados servicios sociales; que en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigió la licitación se fijó la obligación de constituir la garantía definitiva de conformidad con el artículo 107.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector de Público (LCSP); y que en noviembre del mismo año la empresa adjudicataria solicitó la devolución de la garantía definitiva prestada –alegando considerarla innecesaria por varios motivos. Además, después de señalar que, de acuerdo con el artículo 107.1 de la LCSP y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el contrato, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podían haber previsto la exención de la garantía definitiva, el informe concluye que “puede haber motivos suficientes para proceder a la devolución de la garantía”, si bien afirma que dicha devolución implicaría llevar a cabo “una modificación del pliego y por tanto también del contrato”, que no previó el órgano de contratación, motivo por el cual informa que debería recurrirse al régimen jurídico de las modificaciones no previstas, que fija el artículo 205 de la LCSP.

Asimismo, también se adjuntan a la petición de informe la solicitud de devolución de la garantía efectuada por la empresa contratista y el informe de la jefa del Área de Servicios Sociales del Consejo Comarcal de la Segarra, en el cual se informa favorablemente sobre la petición de la empresa de devolución de la garantía y también se alude a la posibilidad de haberse previsto en los pliegos de cláusulas administrativas la exención de la garantía definitiva.

II. El artículo 4.9 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, establece que esta Junta Consultiva informa sobre las cuestiones que, en materia de contratación pública, le sometan, entre otras, las entidades que integran la administración local en Catalunya. Por otra parte, el artículo 11.4 del propio Decreto atribuye a la Comisión Permanente la aprobación de los correspondientes informes.

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

### **I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya**

De acuerdo con el Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya tiene carácter de órgano consultivo específico en materia de contratación y ejerce su función de resolver consultas de carácter general sobre la interpretación y análisis de las normas jurídicas en materia de contratación pública, sin sustituir ni suplir las funciones consultivas que tienen asignadas otros órganos consultivos en sus respectivos ámbitos de competencia. Así, se emite este informe en relación con la posibilidad de devolver la garantía definitiva de un contrato de servicios vigente, en base al análisis de las normas, de la doctrina y de la jurisprudencia en materia de contratación pública, sin entrar a valorar y sin informar sobre el expediente o contrato concreto que originan la consulta.

### **II. Exigencia, constitución y posibilidad de exención de la garantía definitiva de los contratos de las administraciones públicas**

Para dar respuesta a la cuestión planteada, relativa a si una vez constituida la garantía definitiva de un contrato de servicios, de acuerdo con las previsiones establecidas en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, es posible devolverla a la empresa contratista durante la vigencia del contrato – por considerarla innecesaria–, se considera conveniente efectuar un análisis previo del régimen jurídico aplicable a estas garantías.

Como es sabido, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector de Público (en adelante, LCSP), regula las garantías exigibles en la contratación del sector público en los artículos 106 a 114, diferenciando entre las que son exigibles en los contratos suscritos por las administraciones públicas –la garantía provisional (artículo 106 de la LCSP) y la garantía definitiva (artículos 107 a 111 de la LCSP)–, y las garantías a prestar en el resto de contratos del sector público (artículo 114 de la LCSP), respecto de las cuales la Ley otorga un margen más amplio de libertad para su establecimiento a los entes, organismos y entidades del sector público que carecen de la consideración de administración pública.

En cuanto a la garantía definitiva, el apartado primero del artículo 107 de la LCSP dispone que, al margen de las previsiones recogidas en los apartados cuatro y cinco de este mismo artículo –relativas a la garantía definitiva en los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, y en los acuerdos marcos y los sistemas dinámicos de adquisición, respectivamente–, la empresa licitadora que haya presentado la mejor oferta tiene la obligación de constituir una garantía de un 5 por 100 del precio final ofrecido (IVA excluido), a disposición del órgano de contratación. Sin embargo, este artículo también establece la posibilidad del órgano de contratación de eximir la prestación de esta garantía, salvo en el caso de contratos de obras y de concesión de obras.

Así, el segundo párrafo del artículo 107.1 de la LCSP dispone que, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el contrato, la entidad contratante puede eximir al adjudicatario de la constitución de la garantía definitiva si lo justifica de forma adecuada en los pliegos, especialmente en el caso de suministros de bienes consumibles, cuando la entrega y recepción de estos bienes se efectúe antes del pago del precio; en contratos que tengan por objeto la prestación de servicios sociales o la inclusión social o laboral de personas pertenecientes a colectivos en riesgo de exclusión social; así como en los contratos privados de la Administración a los que se refieren los puntos 1º y 2º de la letra a del artículo 25.1 de la LCSP<sup>1</sup>.

Por tanto, la posibilidad de eximir a la empresa adjudicataria de la constitución de la garantía definitiva debe ser valorada por el órgano de contratación en el momento de configurar las condiciones que regirán la licitación y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el contrato, estableciéndola en el pliego de cláusulas administrativas particulares de la licitación correspondiente y justificándolo de manera adecuada. En consecuencia, si no se establece esta previsión en los pliegos, no procede valorarla en un momento posterior.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros (CPV de 66100000-1 a 66720000- 3), la creación e interpretación artística y literaria y los espectáculos (CPV de 79995000-5 a 79995200- 7, y de 92000000-1 a 92000000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6), y suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos.

<sup>2</sup> Así lo ha considerado también la Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia en el Informe 3/2015, de 24 de noviembre, relativo a la procedencia de la extinción de la obligación de constituir garantía definitiva en determinados contratos del Instituto Murciano de Acción Social, en el cual concluyó que “en todo caso dicha exención deberá de ser acordada con carácter previo a la licitación de los respectivos contratos y justificarse en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares que rijan los mismos, por lo que si en los respectivos pliegos de los contratos en cuestión no está la mencionada exención, no podrá acordarse en momento posterior sean cual sean las alegaciones formuladas por las entidades negociadoras de estos contratos las cuales, en su caso, podrán ser valoradas por el órgano de contratación para las futuras licitaciones de estos tipos de contratos”.

Por su parte, el artículo 108 de la LCSP, relativo a las garantías definitivas admisibles, tras enumerar las formas en que pueden prestarse las garantías definitivas exigidas en los contratos suscritos con las administraciones públicas –en efectivo o en valores, que en todo caso son de deuda pública, y mediante aval o contrato de seguro de caución–, establece la posibilidad que en los contratos de obras, suministros y servicios, así como en los de concesión de servicios cuando las tarifas las abone la administración contratante, se pueda constituir la garantía definitiva mediante retención en el precio, siempre que se haya previsto en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, fijando la forma y las condiciones de la retención.<sup>3</sup>

Llegados a este punto y dado que los dos informes que se adjuntan a la petición dirigida a esta Junta Consultiva aluden a la falta de necesidad de la garantía definitiva por disponer la empresa contratista de un seguro de responsabilidad civil, hay que recordar que las responsabilidades a las que está afecta la garantía definitiva de los contratos, a las que se alude en la siguiente consideración jurídica, son diferentes al riesgo que cubre este tipo de seguro, previsto en la LCSP como medio de acreditación de la solvencia.<sup>4</sup> Así, no se puede considerar que la disposición de estos seguros por parte de la empresa contratista comporte la falta de necesidad de la garantía definitiva, así como tampoco la procedencia de su retorno, contraviniendo, como se verá a continuación, las disposiciones de la LCSP relativas a la devolución y cancelación de las garantías.

Adicionalmente, cabe recordar que, de conformidad con las reglas aplicables a la constitución de la garantía, fijadas en el artículo 109 de la LCSP, que también regula los supuestos de reposición y reajuste, la empresa licitadora que haya presentado la mejor oferta debe acreditar su constitución en el plazo de 10 días hábiles –

---

<sup>3</sup> El Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), regula las condiciones, características y requisitos de las garantías constituidas en valores, mediante aval y mediante contrato de seguro de caución (artículos 55, 56 y 57, respectivamente), y establece la obligación de que las garantías definitivas, especiales y complementarias se constituyan en todo caso en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales o en las cajas o en los establecimientos públicos equivalentes de las comunidades autónomas o entidades locales contratantes (artículo 61).

<sup>4</sup> Tal como dispone el artículo 73 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, “por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho”. En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación del Estado, en el Informe 78/09, de 23 de julio de 2010, señaló que la póliza de seguro “no debe estar constituida para garantizar sólo las responsabilidades en que se incurra como consecuencia de la ejecución del contrato, sino más exactamente para asegurar la suficiencia financiera del profesional en sus relaciones con terceras personas, precisamente por quedar garantizada su responsabilidad respecto de ellas”. También en el Informe 10/16, de 27 de abril, la misma Junta Consultiva estatal concluyó que “entre los daños y gastos objeto de cobertura [de seguro de responsabilidad civil que se hubiese exigido] no pueden incluirse los que ya están cubiertos por la garantía definitiva”.

acreditación que se puede hacer por medios electrónicos<sup>5</sup>– y, en caso de no cumplirse este requisito por causas imputables a la licitadora, el órgano de contratación debe entender que ha retirado la oferta, exigiéndole el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación (IVA excluido) en concepto de penalidad.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en el Informe 85/2018, analiza cómo debe interpretarse la previsión relativa al hecho de que la acreditación de la constitución de la garantía definitiva puede hacerse por medios electrónicos, “habida cuenta de que para la cancelación del aval y posterior devolución del mismo la Administración ha de estar en posesión del original”. En este sentido, indica que la LCSP “está autorizando que en el expediente de contratación figure un documento electrónico que cumpla todos los requisitos legales en cuanto a su autenticidad y del que se deduzca la efectiva y eficaz constitución de la garantía definitiva”, el cual “puede ser el resguardo ofrecido por la Caja General de Depósitos o por el órgano ante el que se encuentre constituida dicha garantía”.

<sup>6</sup> En relación con la constitución de la garantía definitiva, conviene recordar que son varios los pronunciamientos emitidos afirmando que la falta de depósito de la garantía es un defecto subsanable que no invalida su constitución, en tanto que es la forma de acreditación del cumplimiento del requisito, siempre que la garantía esté efectivamente constituida en plazo. Por ejemplo, la Resolución 622/2019, de 6 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la cual afirma que “si bien en el plazo inicial no se procedió al necesario depósito de los avales en la TGSS, sí se depositaron durante el plazo de subsanación; por lo que la garantía ha de considerarse correctamente constituida por el recurrente”; el Informe 8/2017, de 17 de octubre, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de Valencia, sobre los defectos subsanables y no subsanables en la constitución de la garantía definitiva mediante aval, en el que señala que “la falta de depósito debe considerarse un defecto formal subsanable puesto que (...) no invalida la constitución de la garantía ni impide la prueba alternativa ante el órgano de contratación mediante la presentación o exhibición del documento original o de copia fiel” y que la aplicación de este criterio “exige comprobar que la garantía definitiva mediante aval se encontrará válidamente constituida dentro del plazo otorgado para ello”; y la Resolución 11/2021, de 27 de enero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en la cual, analizando la cuestión de si una garantía definitiva mediante aval bancario se ha constituido en plazo, en función de si debe considerarse como requisito constitutivo el depósito de la garantía en la Caja General de Depósitos, considera que “la garantía definitiva mediante aval queda constituida con el consentimiento o declaración de voluntad de la entidad financiera garante (...) mientras que la falta de depósito debe considerarse un defecto formal subsanable puesto que, entre otros motivos, no invalida la constitución de dicha garantía ni impide su prueba alternativa ante el órgano de contratación por medio de la presentación o exhibición del documento”, teniendo en cuenta también que “la finalidad de la garantía definitiva es la de responder de los conceptos enumerados en el artículo 110 de la LCSP (penalidades, correcta ejecución de las prestaciones, incautación, etc.), por lo que el hecho de haber depositado la garantía, ya constituida, tres días después de concluir el plazo fijado no solo no invalida el aval constituido, sino que tampoco impediría que la garantía cumpliera la finalidad a que se destina”.

Por otro lado, en relación con el cumplimiento del requerimiento de documentación a la empresa propuesta adjudicataria, en la Resolución 897/2020, de 14 de agosto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales recuerda que debe hacerse una interpretación restrictiva y estricta de cuándo debe darse por cumplida totalmente la obligación, señalando que “la no cumplimentación del requerimiento en el plazo concedido solo se equipara a la retirada de la oferta en caso de falta de cumplimentación del requerimiento o de no constituir en modo alguno garantía definitiva en el plazo concedido” y que cuando se cumpla el requerimiento de forma incompleta, “el Tribunal de Contratos ha rectificado su doctrina en el sentido de señalar que la correcta interpretación de los preceptos aplicables conforme a su objeto y finalidad exige admitir la subsanación en el plazo de tres días de los defectos u omisiones en que se hubiera incurrido al constituir la garantía definitiva (y no limitar la subsanación a la acreditación de su correcta constitución en el plazo inicial)”.

En definitiva, de acuerdo con las previsiones mencionadas, en los contratos suscritos por las administraciones públicas la empresa licitadora que presente la mejor oferta debe constituir la garantía definitiva mediante alguno de los instrumentos que enumera el artículo 108 de la LCSP, salvo que, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el contrato, la entidad contratante exima a la adjudicataria de su constitución, habiéndolo establecido y justificado de manera adecuada en los pliegos correspondientes y sin poder valorar dicha exención en un momento posterior a la licitación.

### III. Responsabilidades a las que está afecta la garantía definitiva de los contratos de las administraciones públicas y supuestos en los que procede su retorno y cancelación

El artículo 110 de la LCSP, relativo a las responsabilidades a las que están afectas las garantías, establece que la garantía definitiva únicamente responde de la obligación de formalizar el contrato dentro del plazo; de las penalidades impuestas a la contratista; de la correcta ejecución de las prestaciones del contrato; de la incautación que se puede decretar en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que establezca el mismo contrato o la LCSP; y, en el caso de contratos de servicios, de la inexistencia de vicios o defectos de los servicios prestados durante el plazo de garantía previsto en el contrato.

En este sentido, la garantía definitiva es un instrumento concebido con la finalidad principal de proteger a la Administración ante incumplimientos de las empresas licitadoras y contratistas, y resarcirla de los daños y perjuicios que puedan causar, tanto con anterioridad a la suscripción del contrato –por el retraso o falta de formalización culpable y, en consecuencia, el retraso en la ejecución de la prestación que constituya el objeto–, como durante su ejecución y, con posterioridad, por los vicios o defectos existentes en los servicios prestados.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Conviene recordar que, si bien las leyes de contratos antecedentes regulaban la garantía definitiva en términos muy similares a los de la LCSP vigente, esta Ley introdujo en la normativa de contratación pública su afectación a la obligación de formalizar el contrato en plazo. Anteriormente, el Tribunal Supremo se había pronunciado en relación con la finalidad de la garantía definitiva, entre otras, en la Sentencia núm. 3551/1996, de 11 de junio (recurso núm. 7585/1991), afirmando que “la finalidad primordial de la constitución de las fianzas definitivas por el adjudicatario o concesionario de la obra o servicio, en materia de contratación no es otra que (...) resarcir los daños y perjuicios que se causen por negligencia, morosidad o por cualquier otro modo en el cumplimiento de las obligaciones contractuales”. Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado concluyó, en el Informe 6/2019, de 15 de julio de 2019, relativo a la “incautación de la garantía definitiva en caso de incumplimiento de contrato”, que “en aquellos supuestos en que, a pesar de la posible existencia de un incumplimiento culpable del contrato por parte de contratista, no hubiera sido declarada en forma tal circunstancia por la Administración, no procederá la incautación de la garantía definitiva y sí la devolución de la misma”.

Asimismo, y también como novedad, el artículo 130.6 de la LCSP establece la no devolución de la garantía definitiva mientras no se acredite el abono de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación.

Por su parte, el artículo 111 de la LCSP regula la devolución y cancelación de la garantía definitiva, que dispone que “la garantía no debe devolverse o cancelarse 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 su resolución sin culpa del contratista”<sup>8</sup>. Ciertamente, el hecho de que la garantía definitiva esté afecta a las responsabilidades mencionadas y su consiguiente vinculación al contrato respecto del cual las garantiza, comporta la necesidad de que su retorno deba producirse una vez este contrato haya finalizado, ya sea debido del agotamiento de su vigencia para alcanzar la fecha establecida y con el cumplimiento satisfactorio de las obligaciones que se deriven, o bien cuando éste se resuelva por causa no imputable a la contratista.<sup>9</sup>

Adicionalmente, y dada la alusión en el informe enviado adjunto a la consulta a la posibilidad de efectuar una modificación del contrato no prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, de acuerdo con el artículo 205 de la LCSP, por una circunstancia sobrevenida que no se podía prever en el momento de la licitación y que tuviera por objeto hacer posible la devolución anticipada de la garantía definitiva, cabe señalar que, de acuerdo con la información de que se dispone, no parece que concurren los requisitos para esta –ni para ninguna otra– causa de modificación y que, en todo caso, una modificación en este sentido debería considerarse sustancial de conformidad con ese mismo precepto, en la medida en que el hecho de haberse conocido en el momento de la licitación que el retorno de la garantía se haría anticipadamente, parece que habría podido influir en el interés en la licitación y en las ofertas de otros operadores económicos, en tanto que el mantenimiento de una garantía implica la disposición o la inmovilización de recursos.

Además, dado que los pliegos que rigieron la licitación del contrato que ha motivado la petición de este Informe preveían expresamente que la garantía no sería devuelta o cancelada hasta que se hubiera

---

<sup>8</sup> Y el artículo 65 del RGLCAP dispone que “el acuerdo del órgano de contratación sobre la cancelación y la devolución de la garantía definitiva será comunicado por el mismo, en su caso, a la Caja General de Depósitos u órgano ante el que se encuentre constituida dicha garantía”.

<sup>9</sup> Esta Junta Consultiva aludió a la vinculación entre la garantía definitiva y el contrato de cuyo cumplimiento satisfactorio responde en el Informe 8/2011, de 27 de octubre, sobre la posibilidad de considerar como un incumplimiento contractual la falta de pago del precio pactado a subcontratistas y suministradores por parte del contratista principal, al efecto de poder retener la garantía definitiva prestada por el contratista principal, en el cual señaló que “la garantía definitiva en un contrato administrativo está vinculada a la ejecución del contrato y, por tanto, se devuelve en caso de que el contrato se haya ejecutado correctamente o se incauta, entre otros supuestos, en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales o de las condiciones especiales de ejecución”. En este mismo sentido, en el Informe 1/2013, de 12 de julio, la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, relativo a la posibilidad de retorno de la garantía definitiva en los supuestos de suspensión y recepción parcial del contrato, señaló que “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”.

producido el vencimiento del plazo de garantía y el cumplimiento satisfactorio del contrato, hay que tener en cuenta que devolverla anticipadamente, además de contravenir lo dispuesto en el artículo 111 de la LCSP,



comportaría una vulneración de los pliegos de cláusulas que rigieron la licitación, los cuales, como es sabido, constituyen ley del contrato, vinculan a las partes –tanto a las candidatas y licitadoras, como a los órganos de contratación– y se consideran parte integrante del mismo.<sup>10</sup>

En base a las consideraciones anteriores, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

En los contratos suscritos por las administraciones públicas para los que se haya previsto en los pliegos la exigencia de constitución de garantía definitiva –de conformidad con lo que es regla general y sin hacer uso de la posibilidad de exención prevista, para determinados contratos, en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público–, únicamente es posible devolverla una vez vencido el plazo de garantía y cumplido el contrato satisfactoriamente, o bien cuando se declare la resolución sin culpa de la contratista, no siendo posible valorar la procedencia de aquella exención de la garantía en una fase posterior a la licitación, ni su retorno anticipado.

En este sentido, hay que tener en cuenta que los riesgos de los que responden los seguros de responsabilidad civil son diferentes a las responsabilidades a las que están afectas las garantías definitivas y que no parece posible la modificación de un contrato no prevista en los pliegos que rigieron la licitación para posibilitar el retorno anticipado de dicha garantía, por no concurrir las circunstancias que la habilitan y por tener esta modificación carácter sustancial.

---

<sup>10</sup> Tal como ha señalado por la doctrina y la jurisprudencia en múltiples ocasiones, por ejemplo, en la Sentencia núm. 3178/2019, de 9 de octubre (recurso núm. 60/2018), del Tribunal Supremo y, entre muchas otras, en la Resolución 90/2020, de 26 de febrero, del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público.