

Informe 38/96, de 22 de julio de 1996. "Garantía en casos de adjudicaciones en favor de una proposición incurra en presunción de temeridad".

1.13. Contratos de obras. Fianzas y garantías

ANTECEDENTES

Por el Director General del Instituto Social de la Marina, Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa del siguiente tenor literal:

"El Art. 84.5 de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas establece, como novedad respecto a la legislación anterior en la materia que, "cuando la adjudicación se realice en favor de empresario cuya proposición hubiera estado incurra en temeridad, se exigirá al mismo una garantía definitiva por el importe total del contrato adjudicado".

Parece evidente, por lo tanto, la voluntad del legislador de asegurar la responsabilidad del contratista elevando el importe de la fianza definitiva a constituir en base a las circunstancias peculiares de adjudicación concurrentes.

Esta garantía sustituirá, según dispone el Art. 37.4 de la mencionada Ley, a la garantía definitiva habitual del 4% del presupuesto máximo de licitación, surtiendo, en consecuencia, sus mismos efectos y siendo de aplicación, en principio, idéntico tratamiento en su constitución y cancelación.

Resultaría así que esta fianza, coincidente con el importe total del contrato, sólo podrá ser devuelta, conforme dispone el artículo 48 de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, tras la aprobación de la liquidación de aquél, si no existiesen responsabilidades que hayan de ejercitarse sobre la garantía y transcurrido el plazo de la misma.

Este hecho, supone sin embargo, a juicio de esta Dirección General, que, realizada la obra y recibida de conformidad, la empresa adjudicataria haya de soportar, durante el período de garantía previsto en el contrato, una carga adicional como es el mantenimiento de una fianza definitiva muy superior a la habitual, cuando objetivamente el mayor riesgo que suponía su ejecución por la presunción de temeridad de la oferta ha desaparecido, como acredita el hecho mismo de la realización de la obra a satisfacción.

En estas circunstancias, cabría en consecuencia plantearse la posibilidad de que el contratista pudiese sustituir, siempre después de recibida la obra, y durante el plazo de garantía previsto, la fianza definitiva prestada inicialmente por una fianza cuyo importe ascendiese al habitual del 4% del presupuesto máximo de licitación, acordándose la devolución de aquélla previa su constitución.

Interpretación que se eleva a esa Junta Consultiva, solicitando informe sobre el asunto referido, que se concreta en la siguiente consulta:

En los casos de adjudicación en favor de una proposición que haya estado incurra en presunción de temeridad, ¿podrá el contratista sustituir la fianza definitiva del total del importe del contrato por otra de cuantía equivalente al 4% del presupuesto máximo de licitación, una vez recibida la obra de conformidad y durante el período de garantía de la misma?."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La única cuestión que se plantea en el presente expediente, conforme se consigna en el escrito en el que se formula la consulta, es la de si constituida una garantía definitiva por el importe total del contrato adjudicado en los casos de adjudicación en favor de una proposición que haya estado incurso en presunción de temeridad, podría el contratista sustituirla por otra de cuantía equivalente al 4 por 100 del presupuesto máximo de licitación una vez recibida la obra de conformidad y durante el período de la garantía de la misma.

2. Como una novedad respecto a la anterior legislación de contratos del Estado, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en dos preceptos concretos, el artículo 37.4 y el artículo 84.5, se refiere a la garantía definitiva en los casos de adjudicación a empresarios cuya proposición hubiera estado incurso inicialmente en presunción de temeridad, señalando que esta garantía se constituirá por el importe total del contrato adjudicado, precisando el artículo 37.5 que esta garantía sustituirá a la del 4 por 100 prevista con carácter general en el propio artículo 37, apartado 1, sin que resulte de aplicación lo dispuesto en el apartado precedente, es decir, la posibilidad de exigir una garantía complementaria, que tendrá la consideración de garantía definitiva, de hasta un 6 por 100 del presupuesto.

Ningún otro precepto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas vuelve a referirse a la garantía definitiva por el importe total del contrato en los casos de proposiciones incursas inicialmente en presunción de temeridad, por lo que la precisión del artículo 37.5 de que esta garantía sustituye a la del 4 por 100 determina, como acertadamente se pone de relieve en el escrito de consulta, que la garantía del importe total del contrato surte los mismos efectos, siéndole de aplicación idéntico tratamiento en su constitución y cancelación que los de la garantía definitiva del 4 por 100.

Entre las disposiciones que pudieran afectar a la cuestión suscitada, por tanto, ha de hacerse mención a los artículos 45 y 48 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, expresivo el primero de que la garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato o resuelto éste sin culpa del contratista y el segundo, en su apartado 1, que dispone que aprobada la liquidación y transcurrido el plazo de garantía se dictará acuerdo de devolución de aquella o de cancelación de aval, añadiendo, su apartado 4, que 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, siempre que no se hayan producido las responsabilidades a que se refiere el artículo 44. Por su parte, los artículos 15 a 20 y del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, se limitan a precisar ciertos aspectos de las garantías constituidas en valores, mediante aval y mediante contrato de seguro de caución y de la constitución, ejecución y cancelación de las garantías, sin que ninguno de ellos suponga desarrollo reglamentario de los artículos 45 y 48, apartados 1 y 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Igual conclusión debe ser mantenida en relación con los artículos 340 y siguientes del Reglamento General de Contratación del Estado, vigentes en cuanto no se opongan al contenido de la Ley, según resulta de la disposición derogatoria única de la misma, pues el artículo 364, que establece que aprobadas la recepción y liquidación definitivas se devolverá el importe de la fianza o, en su caso, se cancelará el aval en el plazo improrrogable de tres meses, viene a establecer una solución idéntica sustancialmente a la de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues debe recordarse que la recepción y liquidación definitivas tenían lugar en la anterior legislación transcurrido el plazo de garantía y el artículo 368 que preveía el posible reintegro al contratista de las garantías especiales en el momento de la recepción provisional, se refería precisamente a garantías especiales, de distinta naturaleza a la garantía definitiva por el importe total del contrato introducida por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a un momento procedimental -la recepción provisional- desaparecido de la nueva Ley.

En resumen puede afirmarse que cualquier que sea el juicio que "de lege ferenda" pueda merecer la constitución de la garantía por el importe total del contrato y su consideración como garantía definitiva y también el juicio que, desde el mismo punto de vista, puedan merecer las normas sobre cancelación de garantías definitivas, lo cierto es que no existe ningún precepto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ni de su desarrollo reglamentario, que permita sostener que esta garantía puede ser cancelada con criterios distintos a los que, con carácter general, se establecen para todos los supuestos de garantías definitivas.

3. Lo razonado anteriormente se refiere, como es obvio, a la legislación vigente en la actualidad, pero no excluye que, en el futuro, si se considera justificado el razonamiento de la Dirección General del Instituto Social de la Marina en el sentido de que "no parece justo que realizada la obra y recibida de conformidad la empresa adjudicataria haya de soportar, durante el período de garantía previsto en el contrato una carga adicional como es el mantenimiento de una garantía definitiva muy superior a la habitual, cuando objetivamente el mayor riesgo que suponía su ejecución por la presunción de temeridad de la oferta ha desaparecido, como acredita el hecho mismo de la realización de la obra a satisfacción", por vía de modificación de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, o por vía de desarrollo reglamentario de la misma, se promueva la norma correspondiente en la que se consagre la interpretación, que ahora con la normativa vigente resulta imposible, de la posibilidad de sustituir la garantía definitiva del total del importe del contrato por obra de cuantía equivalente al 4 por 100 del presupuesto de licitación una vez recibida la obra de conformidad y durante el plazo de garantía de la misma.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que sin perjuicio de una posible modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o de un desarrollo por vía reglamentaria aclaratorio de la misma, de conformidad con la legislación actualmente vigente la garantía definitiva por el importe total del contrato prevista en los artículos 37.4 y 87.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se rige, en cuanto a su cancelación y devolución por las mismas normas que la garantía definitiva del 4 por 100 del presupuesto del contrato, sin que, en consecuencia, exista posibilidad de cancelación y sustitución de la primera por la segunda durante el período de garantía del contrato.