



La Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha aprobado, en su sesión de 21 de marzo de 2024, el siguiente informe:

Informe 16/23

Materia: Incautación de garantía en casos de resolución por culpa del contratista.

ANTECEDENTES

La Consejera de Agricultura, Ganadería, Mundo Rural, Territorio y Población del Gobierno de La Rioja ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“D^a. Eva Hita Lorite, Consejera de Agricultura, Ganadería, Mundo Rural, Territorio y Población del Gobierno de La Rioja, en virtud de la facultad reconocida por el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, solicita informe sobre la siguiente cuestión:

Incautación de la garantía, constituida mediante retención en el precio, en casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista

Planteamiento:

El artículo 213.3 de la LCSP establece que 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.



El anterior texto de la ley de contratos, el refundido de 2011, no disponía la incautación de la garantía como efecto automático y propio de la disolución del vínculo contractual, sino que condicionaba aquella a la existencia de daños y perjuicios que indemnizar por el contratista.

La actual LCSP, sin embargo, hace completa abstracción del hecho de que la disolución del contrato haya podido o no provocar daños a la Administración y de cuál sea, en su caso, su cuantía, optando por la incautación automática de la garantía, ope legis, como efecto necesario de la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista.

El supuesto que nos plantea la duda concurre cuando el contratista, de conformidad con el artículo 108.2 de la ley,

a) Constituye la garantía mediante retención en el precio del contrato (ejemplo 5.000 euros de garantía) y, además

b) No se consideran daños y perjuicios (0 euros) o, en su caso, daños y perjuicios superiores al importe de la retención (ejemplo, daños por importe de 3.000 euros)

c) En el momento de la resolución contractual no se ha llevado a cabo abono alguno al contratista, de manera que no se ha podido retener cantidad alguna en concepto de garantía definitiva.

Entiende este órgano, atendiendo a la naturaleza obligatoria de la incautación, que procede exigir el abono del importe de la misma por los mecanismos recaudatorios ordinarios, pues de otro modo la opción de constituir la garantía definitiva mediante retención en el precio del contrato se vería favorecida, frente a las otras modalidades de prestación (artículo 108), por un privilegio que consideramos no justificado y ciertamente incompatible, en cualquier caso, con la igualdad de trato que en la aplicación de la ley



deben recibir todos los contratistas que se vean involucrados en un expediente de resolución contractual por incumplimiento culpable.

Consulta: si en los casos de resolución contractual por incumplimiento del contratista procede exigir el pago del importe de la garantía definitiva cuando esta se ha constituido mediante retención en el precio del contrato, con independencia de que no existan daños y perjuicios o que, los existentes, sean inferiores al importe retenido”.

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. La Consejera de Agricultura, Ganadería, Mundo Rural, Territorio y Población del Gobierno de La Rioja ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado al amparo de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con el artículo 328 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

En el escrito se formula consulta sobre si en los casos de resolución contractual por incumplimiento del contratista, de acuerdo con el artículo 213.3 de la LCSP, procede exigir el pago del importe de la garantía definitiva cuando ésta se ha constituido mediante retención en el precio del contrato, con independencia de que no existan daños y perjuicios, o de que los existentes sean inferiores al importe retenido.

2. La consulta parte, en primer lugar, de que se ha producido una situación de incumplimiento del contrato imputable al contratista que da lugar a su resolución. Para estos casos el artículo 213.3 de la LCSP dispone que *“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”.

Sobre este precepto, cabe recordar que la LCSP vuelve a la redacción del artículo 114.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Dicha redacción fue modificada por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuyo artículo 208.4 introdujo algunas modificaciones que se mantuvieron vigentes en el artículo 225.3 del 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. Dichos artículos suscitaron diversas interpretaciones en su aplicación respecto al posible derecho del contratista al reintegro de la garantía en los supuestos en que la ruptura del contrato no hubiese causado daños a la Administración, o su cuantía fuera inferior a la cifra de ésta.

Por el contrario, la redacción del artículo 213.3 de la LCSP, con el aval del Consejo de Estado en el dictamen emitido con ocasión de la tramitación del anteproyecto de ley (dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016), deja claro que la garantía se incauta por el simple hecho de la ruptura del contrato por causa imputable al contratista, con independencia de que existan o no daños que indemnizar a la Administración y de cual sea su importe.

Como señala el Consejo de Estado en el citado informe “De esta forma, el incumplimiento culpable determinará para el contratista la pérdida de su fianza, que desarrollará por sí misma una función punitiva, desincentivando la inobservancia de lo pactado, y permitirá a la Administración verse resarcida de los daños y perjuicios que dicho incumplimiento ocasiona, sin necesidad de demostrar su cuantificación, como ahora sucede. Solamente si se estima que tales daños y perjuicios sobrepasan el importe de la garantía definitiva incautada, la Administración tendrá que afrontar la justificación de su importe, para poder ejercer su prerrogativa de depurar la



responsabilidad contractual del adjudicatario, con la consiguiente exigencia de la suma excedentaria”.

Este criterio fue confirmado en dictámenes posteriores en los que ya resultaba de aplicación la nueva LCSP, como el dictamen 1165/2022, de 27 de julio, en el que el Consejo de Estado declara la procedencia de la incautación de la garantía en un supuesto de resolución contractual señalando que, al margen de esta incautación, ninguna otra responsabilidad debe seguirse para la contratista puesto que no se le han irrogado a la Administración otros daños y perjuicios económicamente valorables derivados del incumplimiento del contrato.

3. El escrito de consulta plantea el supuesto de que la garantía se ha constituido mediante retención en el precio del contrato, posibilidad prevista en el artículo 108.2 de la LCSP, pudiendo darse el caso, como se señala en el citado escrito, de que en el momento de la resolución contractual no se haya llevado a cabo ningún abono al contratista, de manera que no se ha podido retener cantidad alguna en concepto de garantía definitiva. Se plantea en tal caso si procede exigir el pago del importe de la garantía definitiva con independencia de que no existan daños y perjuicios, o de que los existentes sean inferiores al importe retenido.

A lo que cabe responder que, si como ha señalado el Consejo de Estado, la incautación de la garantía prevista en el artículo 213.3 de la LCSP tiene una función punitiva, con independencia de la concurrencia de daños y perjuicios en la relación contractual, debe exigirse el pago del importe de la garantía definitiva en todos los supuestos previstos en el artículo 108 de la LCSP.

Efectivamente, la afectación de la garantía definitiva a las responsabilidades derivadas de la resolución del contrato, prevista en el artículo 110.d) de la LCSP, no puede depender de la forma en que ésta se ha constituido, atendiendo a lo previsto en el artículo 108 de la LCSP. Esto último afectará a la forma en que será exigible la cuantía de la garantía definitiva establecida en caso de resolución, pero no a la procedencia de



la exigibilidad de ésta en toda su extensión, que ha de ser igual en todos los casos, habida cuenta de su función punitiva según lo señalado.

Entender que, en los casos en que la garantía se constituye mediante retención en el precio del contrato, la cuantía a incautar se limita a la cantidad que haya podido ser retenida con arreglo al calendario de pagos previsto supondría situar en una posición más favorable a los que constituyan la garantía definitiva mediante esta posibilidad lo cual no se infiere en modo alguno de la redacción de los preceptos mencionados de la LCSP.

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

CONCLUSIONES

En los casos de resolución contractual por incumplimiento del contratista, al amparo de lo dispuesto en el artículo 213.3 de la LCSP, procede exigir el pago del importe de la garantía definitiva cuando esta se ha constituido mediante retención en el precio del contrato, con independencia de que no existan daños y perjuicios, o de que los existentes sean inferiores al importe retenido.