

## Garantía provisional y definitiva en contratación pública: algunas claves de interés

- [25 julio, 2021](#)

### I. Concepto y tipos

Las **garantías** en la contratación pública son aquellas que se exigen a los licitadores para que respondan del mantenimiento de las ofertas hechas hasta el momento de la adjudicación y en su caso, formalización del contrato, o bien con respecto a los adjudicatarios, para asegurar la ejecución de la correcta prestación objeto del contrato, de conformidad con los parámetros exigidos en los pliegos rectores.

Se distinguen entre: **(i)** las **garantías** exigibles en los contratos celebrados con las **Administraciones Públicas** (que pueden ser **provisionales** o **definitivas**) y **(ii)** las **garantías** exigibles en otros contratos del Sector Público, celebrados por entidades que **no tienen la consideración de Administración Pública**.

### II. Regulación

La regulación de las **garantías exigibles** en la contratación del Sector Público, se encuentra contenida en el Capítulo I del Título IV del Libro I 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 (en lo sucesivo, LCSP). Concretamente, en los artículos 106 a 114.

### III. Garantía provisional: De exigencia a los licitadores

Las **garantías provisionales** son aquellas exigidas a los licitadores para responder del mantenimiento de las ofertas presentadas por estos hasta la adjudicación o formalización del contrato.

Se configura como una **garantía** de carácter excepcional dado que solo se exige en el procedimiento licitatorio si el órgano de contratación lo considera necesario, bien por causa de interés público (debiendo el licitador constituir de forma previa dicha **garantía** que responda del mantenimiento de su oferta hasta el momento de perfeccionamiento del contrato) o bien porque se justifique adecuadamente en el expediente de contratación.

Cuando se exijan, las **garantías provisionales** se depositarán:

**(i)** En la Caja General de Depósitos o en sus sucursales o en la Caja o establecimiento público equivalente de las Comunidades Autónomas o Entidades locales contratantes.

**(ii)** Y, en el caso de avales, certificados de seguro de caución y certificados de inmovilización de valores anotados, se depositarán ante el órgano de contratación.

Sobre ellas, debemos preguntarnos lo siguiente: **¿cuál es su importe? ¿Cómo y cuándo se efectúa su devolución?**

El órgano de contratación que haya acordado la exigencia de la garantía lo establecerá en los pliegos de cláusulas administrativas y determinará el importe cuyo límite es del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido. Debe tenerse en cuenta las siguientes excepciones:

- En caso de división en lotes, la garantía se fija en base al importe de los dichos lotes.
- En el caso de acuerdos marco y en los sistemas dinámicos de adquisición, si se exige la **garantía provisional**, se fijará a tanto alzado por la Administración Pública, sin que pueda superarse el 3% del valor estimado del contrato.

Con respecto a la **devolución de la garantía provisional**, se hará efectiva cuando se extinga automáticamente, que lo será inmediatamente después de la perfección del contrato.

Asimismo, en el supuesto de que el licitador adjudicatario haya constituido una garantía definitiva, la **garantía provisional** le será devuelta. No obstante, el adjudicatario podrá: bien aplicar el importe de la **garantía provisional** a la definitiva o bien constituir una nueva garantía definitiva.

#### **IV. Garantía definitiva: Exigible a los adjudicatarios**

La **garantía definitiva** en la contratación pública tiene como finalidad asegurar el cumplimiento de la obligación final adquirida por el contratista. Por tanto, para su supervivencia resulta necesario la existencia del contrato principal.

A este respecto, el artículo 107.1 de la LCSP, indica que los licitadores que presenten las mejores ofertas en las licitaciones de los contratos que celebren las Administraciones Públicas, deben constituir una garantía del 5% del precio final ofertado por ellos (IVA excluido) y la deberán poner a disposición del órgano de contratación. No obstante, para el cálculo del porcentaje en los contratos celebrados con precios provisionales, se tendrá como referencia el precio máximo fijado, (IVA excluido).

Se suceden particularidades concretas con respecto al importe de la garantía definitiva:

**(i)** En los contratos de concesión de obras y servicios, el importe se fija por el órgano de contratación en el pliego según la naturaleza, importancia y duración de la concesión.

**(ii)** En los contratos a precios unitarios, se fijará atendiendo el presupuesto base de la licitación, IVA excluido.

**(iii)** En los acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición, los pliegos determinarán si el precio se fija de forma estimativa por la Administración o de forma específica para cada contrato en función del importe de adjudicación. En estos casos, la garantía definitiva responderá de los incumplimientos del acuerdo marco y sistemas dinámicos de adquisición, como del contrato específico que se trate en cuestión.

Además, en casos especiales, se puede exigir en el pliego de cláusulas administrativas particulares una **garantía complementaria de la definitiva** de hasta un 5% del precio final ofertado por el licitador que presentó la mejor oferta (IVA excluido), pudiendo alcanzar la garantía total un 10% del citado precio. Concretamente, se consideran casos especiales:

**(i)** En contratos en los que, debido al riesgo asumido por el órgano de contratación dada su naturaleza o régimen de pagos entre otros extremos, sea aconsejable aumentar el porcentaje de garantía definitiva ordinaria.

**(ii)** En los casos en que la oferta del adjudicatario esté incurso desde el inicio en una presunción de anormalidad.

En cuanto a la **constitución** de la **garantía definitiva**, el artículo 109 de la LCSP dispone que el licitador que presentó la mejor oferta debe acreditar en el plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento de la mesa u órgano de contratación, su constitución. La acreditación de esta última, podrá hacerse por medios electrónicos, informáticos o telemáticos.

En caso contrario, de no cumplir el requisito de constitución de la garantía definitiva por causas imputables al licitador, la consecuencia inmediata será que la Administración finalmente no procederá a la adjudicación del contrato a su favor. En este caso, se entenderá que el licitador retiró la oferta -procediendo su exclusión-, y se le exigirá el 3% del presupuesto base de la licitación (IVA excluido) en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional de haberse constituido esta, de conformidad con el artículo 150.2 último párrafo de la LCSP.

De este modo, si se aplican a la **garantía definitiva** las penalizaciones o indemnizaciones exigibles al contratista, el mismo deberá reponer o ampliar aquella, en la cuantía que corresponda, en el plazo de quince días desde la ejecución, incurriendo en caso contrario en causa de resolución.

#### **Pero ¿esta garantía definitiva es siempre exigible?**

Lo cierto es que, según las circunstancias especiales del contrato, el órgano de contratación puede eximir al adjudicatario la exigencia y prestación de la misma, siempre que lo justifique en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Sin embargo, la exención nunca será posible en contratos de obras ni en contratos de concesión de obras.

Esta obligación de justificación de la exención se ve reforzada en los siguientes casos:

- (i)** En contratos de suministros de bienes fungibles cuya entrega y recepción deba efectuarse antes del pago del precio.
- (ii)** En contratos de prestación de servicios sociales, o que tengan por objeto la inclusión social o laboral de personas pertenecientes a colectivos en riesgo de exclusión social.
- (iii)** En contratos privados de la Administración.

#### **Y, por último, ¿qué sucede si se modifica el precio del contrato?**

En este caso, la garantía debe reajustarse en proporción al nuevo precio modificado. Lo anterior, deberá realizarse en el plazo de 15 días desde que se notifique al empresario el acuerdo de modificación. Sin embargo, este reajuste no operará si la variación del precio fue como consecuencia de una revisión del mismo (artículo 109.3 de la LCSP).

#### **V. La forma de prestación de la garantía provisional y definitiva**

En virtud del artículo 108.1 de la LCSP, las **garantías provisionales y definitivas**, podrán prestarse por los siguientes medios:

- (i)** En **efectivo** o en **valores** de Deuda Pública.
- (ii)** Mediante **aval**.
- (iii)** Mediante **contrato de seguro de caución** celebrado con una entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo. En este sentido, si la duración del contrato es superior a cinco años, el contratista puede presentar como garantía un contrato de seguro de caución por plazo

inferior, estando obligado con dos meses de antelación al vencimiento del contrato de seguro de caución, a prestar nueva garantía o prorrogar el seguro de caución.

**(iv)** Además, en el caso particular de las **garantías definitivas**, también pueden prestarse en los contratos de obras, de suministros, de servicios y de concesión de servicios, si las tarifas las abona la Administración contratante mediante **retención en el precio** y cuando sea previsto en el pliego de cláusulas administrativas, mediante el cual se fijará también, la forma y condiciones para que opere la retención.

## **VI. La subsanación de la garantía**

Gracias a la evolución interpretativa de nuestros Tribunales en referencia a flexibilizar la posibilidad de subsanar errores, defectos u omisiones cometidos durante el procedimiento licitatorio, podemos encontrar supuestos en los que se ha admitido que es conforme a Derecho, la **subsanación de la garantía definitiva**.

En este sentido, se ha entendido por recientes resoluciones, que el depósito de la **garantía definitiva** fuera de plazo sí constituye un **defecto subsanable**. **Principalmente lo que es objeto de enmienda es su justificación, no su constitución**, que debe ser llevado a cabo en el espacio temporal expresamente habilitado. A modo de ejemplo, se cita la **Resolución n.º 259/2020, de 23 de julio de 2020 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su recurso n.º 5/2020:**

*“Por último, si nos atenemos a que la finalidad de la garantía definitiva es responder, entre otras cuestiones, de las eventuales penalidades que puedan imponerse al contratista, de la correcta ejecución del contrato y de la incautación que pudiese decretarse en los casos de resolución del contrato, el depósito realizado en un momento posterior a la finalización del plazo no invalidaría la garantía -el aval bancario- constituida en plazo y no afectaría ni mermaría la capacidad que ostenta el órgano de contratación para hacerla efectiva si ello fuera necesario.*

Interpretación que han seguido los órganos de contratación. Queda reflejado en la **Resolución n.º 793/2021, de 1 de julio de 2021, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, recurso n.º 478/2021 C.A Región de Murcia.**

De contrario, en lo que respecta a su constitución, el **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución n.º 710/2021, de 17 de junio de 2021, en su recurso n.º 391/2021 C. Valenciana 87/2021**, declara que no constituir en plazo la garantía definitiva, no es un defecto subsanable y más aún, cuando ni tan siquiera el licitador solicita poder constituir la:

*“En cuanto a la garantía definitiva, no la constituyó en el plazo concedido, ni alega la posibilidad de poder constituir la en la actualidad.*

**Por tanto, aunque este Tribunal ha declarado que el trámite del 150.2 LCSP es susceptible de subsanación, en este caso no procede conceder dicho trámite, ya que ni siquiera ha sido solicitado.**

*Los incumplimientos claros en la aportación de la documentación exigida hacen que la resolución del órgano de contratación teniendo por retirada la oferta de la recurrente se considere ajustada a Derecho, por lo que se desestima este motivo de recurso.”*