



## **Consulta relativa a la procedencia de la exención de la obligación de constituir garantía definitiva en determinados contratos del Instituto Murciano de Acción Social. Informe 03/2015, de 24 de noviembre.**

*Tipo de informe: Facultativo*

### **D I C T A M E N**

#### **ANTECEDENTES.**

**1.** El Sr. Director Gerente del Instituto Murciano de Acción Social (en adelante IMAS) dirige la siguiente consulta a esta Junta Regional de Contratación Administrativa del siguiente tenor literal:

*<< La Dirección General de Personas con Discapacidad dependiente de este Instituto Murciano de Acción social, tiene entre sus competencias la gestión de la acción concertada para la reserva y ocupación de plazas en centros residenciales y de día asignada a los colectivos de su competencia (personas con discapacidad física, intelectual o sensorial, enfermedad mental crónica, con riesgo de exclusión o cualquier otro colectivo necesitado de protección social que reglamentariamente se determine).*

*En cumplimiento de lo anterior, se vienen gestionando conciertos con entidades o empresas cuya actividad privada es análoga a la que se pretende contratar.*

*Durante la tramitación de estos expedientes, ha surgido un importante conflicto provocado porque las entidades con las que se negocia la adjudicación de estos contratos entienden que les es posible aplicar una exención de la obligación de prestar garantía definitiva, que el órgano de contratación exige conforme lo dispuesto en la normativa vigente.*

*Cabe señalar que con anterioridad a la existencia de estos contratos, se tenían suscritos convenios con estas entidades a través de los cuales se atendían las necesidades de estos colectivos. En un momento determinado, se concluyó que a pesar de ser entidades sin ánimo de lucro, lo procedente era tramitar contratos administrativos de conformidad con la legalidad vigente en materia de contratación pública. Es entonces, cuando se tomó la decisión de que dichas entidades no depositaran garantía definitiva y se optó por eximir las de dicha obligación. Esta decisión adoptada en su día por el Gerente del IMAS no fue sometida a informe jurídico, aunque bien es cierto que estos expedientes han sido fiscalizados de conformidad tanto por la intervención general como por la intervención delegada de este Instituto.*

*En la actualidad, consultado el Servicio Económico-Contable y de Contratación de este IMAS, éste manifiesta que de conformidad con lo dispuesto en el art.95 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la vigente Ley de Contratos del Sector Público, la exigencia de garantía definitiva es la regla general y de hecho exceptiona de la constitución de la misma a contratos cuyo pago es posterior incluso a la recepción, donde obviamente no se necesita garantizar el cumplimiento mediante la constitución de garantía, pues la administración no va a pagar hasta no estar conforme. En definitiva, la justificación de la exención debe basarse en razones orientadas a la "no necesidad de garantizar" el interés público perseguido en el contrato, justificación que no parece razonable en*

*el caso que nos ocupa, donde se contrata un servicio público que de ser defectuosa su ejecución, sería susceptible de provocar daños a los intereses públicos.*

*El Servicio Jurídico de este Instituto emite informe al respecto -el cual se adjunta- concluyendo en el mismo sentido y considerando que no procede la exención de prestar garantía definitiva.*

*De otro lado, las entidades que participan en estas negociaciones consideran que no es razonable exigir garantía definitiva en los contratos descritos y para ello argumentan lo siguiente:*

*"1º.- Hay que tener en cuenta que nosotros como entidades no podemos hacer un perjuicio directo a la administración a través de los contratos, pues los centros son de nuestra titularidad, el personal está contratado por nosotros y en cualquier caso la dejación de realizar el servicio no tendría una cuantificación imputable a la garantía.*

*2º.- El Imas ya cuenta con una "retención" de dos meses en todos los contratos, retención muy por encima del 5% exigido y que podría aplicar el impago en caso de incumplimiento de los términos del contrato por nuestra parte.*

*3º.- Es muy complicado aplicar la garantía en nuestro caso pues en muchas ocasiones el precio del contrato no es igual al total desembolsado por el IMAS, pues en el caso de no tener todas las plazas cubiertas, y si se tuviera en cuenta para la garantía el precio inicial firmado en el contrato se establecería una garantía por una cuantía muy superior a lo realmente percibido por la entidad. Este mismo problema pasaría con los copagos de las familias pues la cantidad que se firma en el contrato no los contempla".*

*Añaden además que "- Para no causar perjuicios al licitador superiores a los beneficios que ofrece una medida que está siendo en tela de juicio por la doctrina en relación a contratos a los que acceden normalmente pequeñas y medianas entidades o empresas. Así, por ejemplo, esta tendencia a utilizar la exención de garantía se ha plasmado en un Acuerdo del Gobierno de la Generalitat de Cataluña de 17 de abril de 2013, en el que, dentro de una serie de medidas para facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación pública, prevé el "considerar posibles alternativas a la garantía definitiva más favorables a los licitadores".*

*- El porcentaje del 5 % es demasiado elevado y crea dificultades objetivas al tipo de ofertantes del servicio en este tipo de contratos. Prueba de ello es la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra, en la que la obligación de constituir una garantía la decide la Administración solo cuando lo estima conveniente y además, es de solo un 2 %, en lugar del 5 % que se aplica al amparo del TR (artículo 53.1 de la Ley Foral 6/2005) sin embargo, en la norma estatal solo se permite o aplicar el 5 % o eximir de la prestación de garantía".*

*A la vista de lo anterior y en virtud de lo dispuesto en el art. 2 del Decreto no 175/2003 de 28 de noviembre por el que se regula la Junta Regional de Contratación Administrativa de la Región de Murcia y se dictan normas en materia de clasificación de empresas se formula la siguiente CONSULTA:*

*¿Es posible eximir de prestar garantía definitiva en los contratos de gestión de servicios públicos de reserva y ocupación de plazas por los motivos expuestos? >>*

**2.** Se acompaña a dicha consulta informe del Servicio Jurídico del IMAS emitido en fecha 23 de junio de 2014 sobre la cuestión planteada.



## CONSIDERACIONES JURÍDICAS

**1.** El presente informe se emite con carácter facultativo, al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 13 del Decreto 175/2003, de 28 de noviembre, por el que se regula la Junta Regional de Contratación Administrativa y se dictan normas en materia de clasificación de empresas.

**2.** Con carácter previo al examen de la cuestión que se plantea en el escrito de consulta, han de realizarse determinadas consideraciones sobre el alcance de los informes de esta Junta, recordando a este respecto el criterio que ha venido manteniendo esta Junta, así entre otros en sus Informes 02/2008, de 29 de abril, 02/2010, de 29 de abril y 1/2011, de 18 de enero, 2/2011, de 17 de junio, conforme al cual a esta Junta no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de contratación, ni la función consultiva o de asesoramiento atribuida a la misma en materia de contratación de la Administración Regional puede sustituir las facultades de resolución, propuesta o informe, atribuidas por la legislación en el ámbito de la contratación, a órganos específicos y concretos del consultante, como ocurre en este caso con el Informe del Servicio Jurídico del órgano de contratación emitido sobre la misma cuestión que ahora se plantea a esta Junta.

Por ello esta Junta, no entrará a resolver la cuestión planteada en base a las alegaciones puntuales formuladas por las entidades que participan en la negociación de los contratos en cuestión, aunque se aludan a ellas puntualmente y lo que hará será exponer criterios generales que puedan servir al órgano de contratación a la hora de acordar o no la exigencia de la garantía definitiva en las licitaciones futuras de esos contratos para la reserva y ocupación de plazas en centros residenciales y de día gestionados por el IMAS, con independencia de la calificación jurídica de los mismos como contratos de gestión de servicios públicos o de servicios, lo cual dependerá de la asunción del riesgo de la explotación del servicio por parte del contratista, de manera que si la gestión del servicio social se efectúa a riesgo y ventura del contratista, el contrato debe de recibir la calificación de gestión de servicio público y en caso contrario de contrato de servicios.

**3.** En el ámbito de la contratación del sector público la satisfacción de los intereses públicos se hace efectiva asegurando la seriedad de las ofertas presentadas por los licitadores y el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de los propuestos como adjudicatarios mediante dos figuras, la garantía provisional y la definitiva respectivamente.

La necesidad de la prestación de una garantía definitiva en los contratos celebrados por las Administraciones Públicas viene expresamente recogida en el apartado 1 del artículo 95 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), cuando literalmente dispone al efecto 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, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido."*

La regla general en dicha norma es la obligatoriedad de la prestación de una garantía definitiva por una cuantía del 5 por 100 del importe de adjudicación; como excepción, la misma norma permite que el órgano de contratación pueda eximir al adjudicatario de la obligación de constituir la garantía definitiva cuando el segundo párrafo del mismo artículo 95.1 del TRLCSP establece al respecto 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.*

Son pues "circunstancias concurrentes en el contrato" que no están expresamente tipificadas en la Ley ni constituyen un *numerus clausus*, y que deben apreciarse discrecionalmente por el órgano de contratación, las que habilitan a este para que pueda eximir al adjudicatario de la obligación de constituir la garantía definitiva justificándolo debidamente en los pliegos.

Precisamente el carácter abierto de estas circunstancias concurrentes en el contrato lo confirma el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en el fundamento de derecho octavo de la Resolución nº 448/2013, de fecha 16 de octubre de 2013 cuando al hablar de la justificación de la exención de la garantía definitiva, dice al respecto que:

*<<...no parece ser cierto que, tal como exige el artículo 95,1 de la LCSP, no se haya justificado en los pliegos la razón de esta exención, ya que esta justificación se incluye en el Anexo de características del contrato aludiéndose a la importante cuantía del contrato, a la circunstancia de efectuarse el abono después de la prestación del servicio, al suficiente afianzamiento de las responsabilidades del contratista y a la existencia de un seguro de responsabilidad civil y, en fin, a la inconveniencia de añadir la exigencia de la garantía definitiva, que tendría que ser de muy alto importe, lo que supondría importantes costes adicionales al servicio que serían repercutidos por el concesionario, justificaciones que deben considerarse como suficientes a los efectos exigidos por el art. 95,1, párrafo segundo de la Ley citada y que deberían también determinar la desestimación del motivo alegado si fuese pertinente el pronunciamiento sobre el fondo del asunto>>.*

En definitiva deberá ser el propio órgano de contratación quien aprecie la concurrencia o no de las circunstancias previstas en el artículo 95.1 del TRLCSP y acuerde, en su caso, la exención de la garantía definitiva al adjudicatario del contrato justificándolo adecuadamente en los pliegos, no pudiendo esta Junta adoptar los acuerdos que le están atribuidos específicamente a aquel.

**4.** En cuanto a las alegaciones formuladas que se recogen en el escrito de consulta se hacen al efecto algunas puntualizaciones.

A.- Respecto a la afirmación de que *<<..nosotros como entidades no podemos hacer un perjuicio directo a la administración a través de los contratos, pues los centros son de nuestra titularidad, el personal está contratado por nosotros y en cualquier caso la dejación de*



*realizar el servicio no tendría una cuantificación imputable a la garantía>>*, es preciso indicar que dicha circunstancia -que los centros sean de titularidad de los contratistas y el personal sea contratado por ellos mismos- no impide que puedan producirse daños o perjuicios en la ejecución de los respectivos contratos, y que la garantía definitiva responde, entre otros conceptos tal como dispone el artículo 100.b del TRLCSP <<*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, y 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*>>.

B.- A la alegación de que <<*El Imas ya cuenta con una "retención" de dos meses en todos los contratos, retención muy por encima del 5% exigido y que podría aplicar el impago en caso de incumplimiento de los términos del contrato por nuestra parte*>>, según aclaración formulada por el propio IMAS esta se *"corresponde al plazo legal que como máximo tienen las administraciones para tramitar y pagar las facturas de cualquier entidad que tenga un contrato suscrito con la administración, tal como establece el art. art. 216.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en su modificación dada por el Real Decreto ley 4/2013, de 22 de febrero"*, por lo que no se trata pues de una retención; además el importe correspondiente a cada uno de los pagos convenidos por la prestación del contrato conforme a lo dispuesto por la normativa en materia de contratación pública no puede aplicarse por la Administración al incumplimiento del contrato, respondiendo de ello y de los demás conceptos la garantía definitiva en los términos que han quedado reflejados en artículo 100 del TRLCSP en el apartado anterior de este Informe.

C.- Respecto al Acuerdo del Gobierno de la Generalitat de Cataluña de 17 de abril de 2013, que dicen que prevé el <<*considerar posibles alternativas a la garantía definitiva más favorables a los licitadores*>>, es preciso indicar que lo que aprobó dicho Acuerdo, como medida de simplificación de procedimientos y eliminación de cargas administrativas, fue el impulso de medidas para tratar de evitar la duplicidad en la exigencia de garantías definitivas en los acuerdos marco y en los contratos derivados del mismo, recogiendo textualmente dicho Acuerdo lo siguiente:

*"En este ámbito se prevé, entre otros, impulsar la articulación de medidas de simplificación de los procedimientos de contratación, evitar que la formalización de acuerdos marco de contratación y la contratación derivada pueda implicar una duplicidad de exigencia de garantías definitivas"*.

No se puede justificar en este Acuerdo la no exigencia de garantía definitiva de los contratos, pues lo que se pretende con el mismo no es otra cosa que en los acuerdos marco y en los contratos derivados de los mismos no se exija la garantía definitiva doblemente: una afecta el cumplimiento del acuerdo marco y otra u otras afectas al cumplimiento de las obligaciones de los diversos contratos que se puedan derivar de aquel.

D.- Otra de las alegaciones que formulan es que <<*El porcentaje del 5% es demasiado elevado y crea dificultades objetivas al tipo de ofertantes del servicio en este tipo de contratos. Prueba de ello es la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de*

*Navarra, en la que la obligación de constituir una garantía la decide la Administración solo cuando lo estima conveniente y además, es de solo un 2 %, en lugar del 5 % que se aplica al amparo del TR (artículo 53.1 de la Ley Foral 6/2005) sin embargo, en la norma estatal solo se permite o aplicar el 5 % o eximir de la prestación de garantía>>.*

No cabe duda de que la exigencia de la misma por el importe indicado pueda crear en determinados ofertantes de este tipo de contratos dificultades para su constitución, pero al efecto se hacen las siguientes puntualizaciones:

La primera, que el importe de la garantía definitiva -5 por 100 del importe de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido- es el fijado por el párrafo primero del apartado 1 del artículo 95 del TRLCSP, que constituye legislación básica de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 de la disposición final segunda de dicha norma, por lo que el importe fijado en el mismo es de aplicación general para todas las Administraciones Públicas, no pudiendo el órgano de contratación fijar un importe distinto al establecido en dicho artículo.

La segunda, que el artículo 53.1 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos no regula la garantía definitiva de los contratos sino la garantía provisional exigible a los licitadores o candidatos, con el fin de dotar de seriedad a las solicitudes de participación o a las ofertas, estando estas afectas a la obligación de formalización del contrato en el plazo establecido; prueba de que ello es así es que en su apartado 3 se establece que las mismas serán devueltas a los interesados inmediatamente después de la adjudicación del contrato, siendo retenidas las correspondientes al adjudicatario hasta la formalización del contrato.

Y la tercera, que la exigencia, importe y las responsabilidades a las que están afectas la garantía definitiva se encuentran regulados en esta Ley Foral en su artículo 95, conforme al cual su importe no podrá exceder del 4 por 100 del valor estimado del contrato, quedando afecta al cumplimiento de las obligaciones del contratista hasta el momento de la finalización del plazo de garantía y, en particular, al pago de las penalidades por demora así como a la reparación de los posibles daños y perjuicios ocasionados por el contratista durante la ejecución del contrato.

A la vista de las anteriores consideraciones y ante la pregunta formulada por el Imas a esta Junta sobre si es posible eximir de prestar garantía definitiva en los contratos de gestión de servicios públicos de reserva y ocupación de plazas se formulan la siguientes

## **CONCLUSIONES**

**1.** Es posible eximir de prestar garantía definitiva en los contratos de gestión de servicios públicos de reserva y ocupación de plazas, pero es el propio órgano de contratación quien debe de apreciar la concurrencia o no de las circunstancias previstas en el artículo 95.1 del TRLCSP y acordar, en su caso, la exención de dicha garantía al adjudicatario del contrato, no pudiendo esta Junta adoptar los acuerdos



que están atribuidos por la normativa en materia de contratos específicamente a aquel.

**2.** 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.