

¿Es posible devolver de garantía definitiva antes del transcurso del plazo de garantía fijado en el contrato?

Planteamiento

El año pasado adjudicamos un contrato de suministro de una máquina. El contratista depositó la garantía definitiva mediante ingreso en cuenta corriente del ayuntamiento, se formalizó el contrato y se nos suministró la máquina. Transcurrido menos de un año desde la formalización del contrato, el contratista solicita que se le devuelva la garantía definitiva que ingresó, sabiendo que el periodo de garantía estipulado por el PCAP de 2 años no ha vencido.

¿Es posible proceder a la devolución de la garantía en este contexto? ¿Qué consecuencias tendría si finalmente se procede a la devolución sin estar el secretario interventor de acuerdo?

Respuesta

El art. 107 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 2017-, establece que los licitadores que presenten las mejores ofertas deberán constituir a disposición del órgano de contratación una garantía de un 5% del precio final ofertado, excluido el Impuesto sobre el valor añadido.

El art. 108 LCSP 2017 establece que una de las formas en que podrán prestarse las garantías definitivas es en efectivo o en valores, que en todo caso serán de Deuda Pública.

El art. 110.e) LCSP 2017 indica que la garantía definitiva impuesta responderá de los únicamente de los conceptos que se establecen en el propio artículo, entre los que se encuentra, para los contratos de suministros, de la inexistencia de vicios o defectos de los bienes suministrados durante el plazo de garantía que se haya previsto en el contrato.

Finalmente, el art. 111 LCSP 2017 indica textualmente lo siguiente:

- *“1. La garantía no será devuelta o cancelada 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 la resolución de este sin culpa del contratista.*

- *2. Aprobada la liquidación del contrato y transcurrido el plazo de garantía, si no resultaren responsabilidades se devolverá la garantía constituida o se cancelará el aval o seguro de caución.*
- *El acuerdo de devolución deberá adoptarse y notificarse al interesado en el plazo de dos meses desde la finalización del plazo de garantía. Transcurrido el mismo, la Administración deberá abonar al contratista la cantidad adeudada incrementada con el interés legal del dinero correspondiente al período transcurrido desde el vencimiento del citado plazo hasta la fecha de la devolución de la garantía, si esta no se hubiera hecho efectiva por causa imputable a la Administración.”*

Por lo tanto, no es posible devolver la garantía definitiva prestada por el contratista antes del transcurso del plazo de garantía fijado en el contrato.

Teniendo en cuenta que la exigencia de una garantía definitiva responde a la necesidad de asegurar la correcta ejecución del contrato público, garantizando la satisfacción del interés público que con él se persigue y que, por lo tanto, en este caso la garantía definitiva responde de los vicios y defectos de la maquinaria suministrada durante el plazo de garantía previsto, la devolución de la misma supone, adicionalmente, un riesgo para la administración contratante, que debería incurrir en un gasto adicional para corregir los defectos que pudieran aparecer sin poder recurrir a la incautación de la garantía si el contratista no cumple con sus compromisos.

Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que, de la devolución de la garantía definitiva antes de la expiración del plazo de garantía del contrato podría llegar a generar un daño patrimonial a la administración contratante, que sería manifiesto si existiese un informe o un reparo en contra de dicha devolución emitido por el Secretario Interventor de dicha administración.

En principio sería de aplicación lo establecido en la Disp. Adic. 28ª LCSP 2017 que establece lo siguiente:

- *“1. La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas derivada de sus actuaciones en materia de contratación pública, tanto por daños causados a particulares como a la propia Administración, se exigirá con arreglo a lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, así como en la normativa reglamentaria de desarrollo de la misma.*
- *2. La infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en la presente Ley por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas dará lugar a responsabilidad disciplinaria, que se exigirá conforme a la normativa específica en la materia.”*

Adicionalmente, la resolución mediante la que se hiciera efectiva la devolución de la garantía sería dictada a sabiendas de que es injusta y contraria al precepto legal que regula el régimen

de garantías en los contratos públicos, lo que podría constituir un delito de prevaricación por parte del firmante de la misma.

Conclusiones

1ª. La devolución de la garantía definitiva prestada por el licitador que ha resultado adjudicatario y contratista solo puede ser devuelta una vez transcurrido el plazo de garantía, siempre que no aparezcan defectos de los que esta pueda responder.

2ª. La devolución de la garantía definitiva sin respetar lo indicado en el párrafo anterior podría llevar aparejadas responsabilidades patrimoniales, disciplinarias e incluso penales.