

INFORME 6/2015, DE 20 DE ABRIL DE 2015, RELATIVO A LA EXENCIÓN DE CONSTITUCIÓN DE GARANTÍA DEFINITIVA CONTEMPLADA EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 95.1 DEL TRLCSP.

El Director General de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, ha dirigido escrito a la Junta Asesora de la Contratación Administrativa en el que, tras transcribir el contenido del artículo 9.3.a) del TRLSP, relativo a los contratos de suministro comúnmente conocidos como de "tracto sucesivo", y del artículo 95.1 del mismo texto legal, relativo a la exigencia de constitución de garantía por el adjudicatario con sus excepciones, formula **CONSULTA** sobre la suficiencia del texto que propone para justificar la exención de la obligación de constituir garantía definitiva, respecto de los contratos de suministro en virtud de los cuales se adquiere una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario y que, según manifiesta, constituyen el mayor volumen de expedientes de OSAKIDETZA. .

El texto propuesto y sobre el que se solicita pronunciamiento de la Junta Asesora es del siguiente tenor:

"El expediente de contratación tiene por objeto la adquisición de suministros cuya entrega y recepción debe efectuarse antes del pago del precio. Asimismo, y dada la naturaleza de los bienes que constituyen el objeto del contrato, que permite la comprobación inmediata de la correcta ejecución de los suministros en el momento de la recepción, no se considera necesario que el adjudicatario constituya, en este caso, garantía definitiva".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- El régimen legal de las garantías a prestar tanto en los contratos celebrados con las Administraciones Públicas como en el resto de contratos del sector público está recogido en los artículos 95 a 104 del TRLCSP, a

los que la disposición final segunda del TRLCSP les otorga el carácter de legislación básica sobre contratos administrativos y, en consecuencia, resultan de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas, con la única excepción del párrafo segundo del apartado 1 del artículo 95, que en virtud de la disposición final segunda del TRLCSP queda exceptuado de dicho carácter de básico.

En lo que se refiere a la garantía definitiva el párrafo primero del artículo 95.1 del TRLCSP establece la regla general de la exigencia de garantía al disponer 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”*.

El señalado porcentaje del 5 por 100 opera como máximo al venir así establecido en el apartado 3 de la disposición final segunda del TRLCSP.

Continuando con los preceptos declarados básicos en materia de contratación, en el artículo 100 del TRLCSP se detallan las responsabilidades a las que están afectas las garantías, y al efecto dispone:

“La garantía responderá de los siguientes conceptos:

- a) De las penalidades impuestas al contratista conforme al artículo 212.*
- b) 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.*
- c) De la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido.*
- d) Además, en el contrato de suministro la garantía definitiva responderá de la inexistencia de vicios o defectos de los bienes suministrados durante el plazo de garantía que se haya previsto en el contrato”*.

SEGUNDA.- El artículo 95.1 del TRLCSP incorpora un segundo párrafo, en virtud del cual se establece la posibilidad u opción ejercitable por el órgano de contratación de eximir al adjudicatario de constituir la señalada garantía definitiva en determinadas circunstancias. La señalada excepción a la regla general de constituir garantía definitiva carece de carácter de legislación básica en materia de contratos administrativos, por lo que el uso o ejercicio de la posibilidad que allí se contempla es en todo caso opcional para las Administraciones Públicas y, en lo que atañe a los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, éstos podrán ejercitar la potestad de eximir la constitución de garantía en los términos del artículo 95.1, segundo párrafo, del TRLCSP en los contratos que celebren, siempre que no exista normativa autónoma específica que lo prohíba expresamente o lo regule de modo diferente; lo que no es el caso.

El señalado párrafo segundo del artículo 95.1 del TRLCSP dispone 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.”*

Por lo tanto, y versando la consulta sobre contratos de suministro, el TRLCSP sitúa en el ámbito de potestad del órgano de contratación la decisión de eximir la constitución de garantía, **con el único requisito de justificarlo adecuadamente en los pliegos**, sin que a estos efectos tengan relevancia especial los contratos de suministro recogidos en el artículo 9.3.a), comúnmente llamados “de tracto sucesivo”, y que se citan en la consulta como los de mayor volumen en la contratación de OSAKIDETZA.

Por el contrario, el TRLCSP sí cita específicamente un tipo de suministro que en modo alguno viene identificado por el régimen de las entregas previsto en los pliegos (puntuales o periódicas, única o sucesivas), sino que singulariza por la naturaleza del objeto contractual (bienes consumibles) y por el régimen de recepción y pago (recepción previa al pago).

TERCERA.- La cuestión planteada se centra, por tanto, en el modo y alcance de la justificación que ampare adecuadamente la aplicación de la excepción legalmente prevista.

En cuanto al modo, la ley no admite dudas al respecto al hacer residir la justificación de la no exigencia de la garantía definitiva en los pliegos de cada contrato puntual.

En cuanto al alcance de la justificación, ésta ha de incidir en aquellas cláusulas del pliego de las que pueda inferirse la inexistencia de riesgo de que el adjudicatario incurra en las responsabilidades a que están afectas las garantías o, en su caso, en la escasa o nula probabilidad de que se produzcan las situaciones que dan lugar a responsabilidad del adjudicatario. Y ello por referencia a los conceptos reflejados en el transcrito artículo 100 del TRLCSP.

Siguiendo el orden de dicho precepto, el pliego del contrato en el que se quisiera ejercitar la potestad de eximir al adjudicatario de constituir garantía definitiva debería contemplar las siguientes situaciones:

- 1.- Inexistencia de penalidades impuestas conforme al artículo 212.
- 2.- Un plazo de entrega relativamente próximo en el tiempo a la fecha de formalización del contrato y que alcance a la totalidad del suministro contratado, ya que a medida que la fecha de entrega se aleje de la fecha de formalización del contrato, o cuanto mayor sea el plazo de duración del contrato durante el cual se efectúan las entregas sucesivas, se pone de manifiesto un periodo de tiempo en el que pueden surgir incidencias contractuales como las señaladas en el artículo 100.b) y a las cuales queda afecta la garantía definitiva.
- 3.- Tratarse de bienes que por su naturaleza fungible o de fácil deterioro por el uso, no quepa el establecimiento contractual de un plazo de garantía del producto suministrado.

Con los señalados parámetros, valorados en su conjunto, el órgano de contratación adoptará la decisión de exigir la constitución de la garantía o eximir al adjudicatario de tal obligación, decisión que quedará reflejada y razonada en la cláusula del pliego de cláusulas administrativas particulares relativa a la Garantía Definitiva.

CUARTA.- En este marco general, válido para cualquier contrato de suministro, el legislador nos aporta un supuesto de suministros en los que considera que concurren de modo especial las circunstancias precisas para inaplicar la regla general de constituir garantía definitiva. Son los suministros de **bienes consumibles cuya entrega y recepción deba efectuarse antes del pago del precio.**

El antecedente inmediato de esta previsión legal, cuya redacción vigente proviene del artículo 83.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y posteriormente trasladada al artículo 95.1 del TRLCSP, hay que situarlo en el artículo 39.b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que excepcionaba de la constitución de garantías *“los suministros en los que el contratista entregue inmediatamente los bienes bienes consumibles o de fácil deterioro antes del pago del precio, salvo que exista plazo de garantía,...”*.

Aunque la filosofía es la misma en los dos textos legales sucesivos, conviene analizarlos comparativamente ya que los términos en que se configura el supuesto singular en la legislación vigente parecen ser, por un lado, más restrictivos y, por otro, más amplios o menos precisos.

Así, con arreglo al TRLCSP el supuesto singular únicamente hace referencia a los suministros de “bienes consumibles”, es decir “bienes que se agotan con un único uso”, habiendo quedado fuera los suministros de “bienes de fácil deterioro con el uso”, es decir aquellos que permiten usos sucesivos aunque con ello van sufriendo un paulatino deterioro”.

Por otra parte, aunque se mantiene la característica de que la entrega deba efectuarse antes del pago, la regulación actual ha incorporado un requisito nuevo de tal forma que no sólo la entrega ha de ser anterior al pago, sino que también debe realizarse con la misma antelación la recepción formal de los bienes entregados, recepción que tendrá carácter total si el contrato se ejecuta en una sola entrega o se tratará de recepción parcial si el contrato se ejecuta en varias o

sucesivas entregas, siempre que tal posibilidad está expresamente prevista en los pliegos.

En interpretación del precepto que analizamos, los diferentes órganos consultivos en materia de contratación pública han situado su razón de ser en la nula o baja probabilidad de que en estos casos se produzcan incumplimientos por parte del adjudicatario. Partiendo de la concepción de que en los contratos de suministro la garantía definitiva, habitualmente, sirve para hacer frente a los vicios o defectos de los bienes que se pudieran manifestar con posterioridad a la entrega de los productos suministrados (artículo 100.d) TRLCSP), tratándose como se trata de bienes consumibles que no perduran en el tiempo, se considera que es prácticamente improbable que dé tiempo a que se manifiesten vicios o defectos ocultos, lo que justifica a su vez que en estos casos carezca de sentido y sea innecesario el establecimiento de plazo de garantía del producto suministrado.

Por ello, dándose las circunstancias señaladas, la justificación legalmente requerida quedaría limitada en estos casos a la valoración del riesgo de que el adjudicatario pudiera incurrir en responsabilidad por incumplimientos incluidos en el artículo 100.b) del TRLCSP, cuya determinación vendrá dada por el análisis conjunto de las cláusulas contractuales relativas a la duración del contrato, el plazo de entrega (único, varios o sucesivos) y correspondientes recepciones total o parciales, así como las demás cláusulas contractuales concordantes.

CONCLUSIÓN

Con la base de lo razonado en las consideraciones anteriores, y dando con ello respuesta a la concreta cuestión formulada, no cabe sino concluir señalando que el texto propuesto, en el escrito de formulación de la consulta, como justificación de la decisión de eximir al adjudicatario de constituir garantía definitiva es absolutamente insuficiente, pues para ello no basta con transcribir el contenido del precepto legal en que se ampara, sino que se han de analizar las circunstancias que resultan de los pliegos del contrato puntual y, a la vista de ellas, razonar sobre la nula o escasa probabilidad de que se produzcan eventuales incumplimientos que

den lugar a las responsabilidades a las que está afecta la garantía definitiva según el artículo 100.b) del TRLCSP.

ARANTZA ARBELAITZ GELBENZU, Secretaria de la Junta Asesora de la Contratación Administrativa, CERTIFICA que la Comisión Permanente de este órgano colegiado, en su sesión del día 20 de Abril de 2015, acordó por unanimidad aprobar el presente informe.

Y para que conste donde proceda se expide la presente en Vitoria-Gasteiz, a 20 de Abril de 2015.

Vº Bº LA PRESIDENTA

Nerea K. Lopez-Uribarri Goicolea.

DIRECTORA DE PATRIMONIO Y CONTRATACIÓN