

## LA VOLUNTARIEDAD DE LA GARANTÍA PROVISIONAL Y LA CONVENIENCIA DE SU NO EXIGENCIA EN SITUACIONES ECONÓMICAS DESFAVORABLES O DE CRISIS.

La actual situación del mercado, el aumento desorbitado del paro, la constricción del consumo y las dificultades que comporta el acceso a cualquier tipo de financiación – dada la conocida negativa del sector financiero a desarrollar o siquiera mantener su actividad crediticia tradicional – hacen especialmente idónea la toma de conciencia, por parte de la Administración Pública, de la necesidad de orquestar mecanismos que coadyuven a la estimulación del mercado, la creación de nuevas empresas y sobre todo, a la dinamización de los procesos económicos. Así las cosas parece interesante poner el acento en la posibilidad, legalmente reconocida a la Administración, de adoptar ciertas medidas que sin grave riesgo económico para la misma, pueden ofrecer estímulo a la actividad empresarial privada impulsando así el desarrollo del mercado, el crecimiento del consumo y la reactivación económica. Entre tales medidas resulta capital la posibilidad de excluir, en toda licitación, la formalización de la denominada garantía provisional; ello supone ampliar notablemente la concurrencia empresarial y eliminar trabas que en ocasiones impiden el acceso a la contratación pública por parte de pequeñas y medianas empresas.

**Grupo de Contratos del Sector Público**

**Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.**

En la licitación de los contratos administrativos tradicionalmente se viene exigiendo, como es sabido, la necesaria constitución de una **garantía** denominada **provisional**, cuya finalidad se extiende a garantizar la seriedad de las ofertas económicas.

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L.P.

Esta función de la **garantía provisional**, y su distinción de la **garantía definitiva** (que responde del correcto cumplimiento de los contratos), resulta tradicional en nuestro ordenamiento jurídico ya desde la Ley 198/1963, de 28 de diciembre de Bases de Contratos del Estado<sup>1</sup> – base XVII -, y así se ha mantenido hasta la actual Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante **LCSP**).

Sin embargo, la obligatoriedad de la exigencia de constituir garantía provisional en todos los procesos competitivos en los que la adjudicación se articulara mediante subasta o concurso<sup>2</sup>, contenida en la Ley 13/1995, de 18 de mayo<sup>3</sup>, se ha ido dulcificando, de tal modo que la Ley 53/1999, limitó tal exigencia y redujo su carácter obligatorio a aquellos contratos cuya cuantía excediera de las señaladas por la norma, que coincidían a su vez con los límites cuantitativos para la publicación en el DOCE.

Este criterio, mantenido en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante **TRLCAP**), se ha vuelto a **flexibilizar** en la **nueva LCSP**, en tanto que la misma **excluye el carácter obligatorio de la garantía provisional en todos los contratos**, tanto con Administraciones Públicas (artículo 91 LCSP) como con cualquier otra entidad del Sector Público (artículo 92 LCSP), consagrando su carácter voluntario para el órgano de contratación. Así las cosas, la previsión de la exigencia o no de la garantía provisional corresponde al órgano de contratación mediante el diseño de los pliegos.

---

1 Así lo recogió expresamente el artículo 112 de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 y el artículo 346 del Reglamento General de Contratación de 25 de noviembre de 1975; y posteriormente los artículos 36 y siguientes de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante **LCAP**).

2 Esta obligación podía excepcionarse por los órganos de contratación (mediante dispensa en el pliego de cláusulas particulares) y respecto de procesos de adjudicación dirigidos a empresas clasificadas.

3 En los procedimientos negociados, la exigencia de constituir o no una garantía provisional quedaba supeditada a lo que el órgano determinara en el correspondiente pliego.

Los motivos que han determinado esta constante flexibilización del requisito de la garantía provisional no responden, lejos de lo que muchos pudieran pensar, a exigencias del Derecho comunitario; antes bien, la progresiva dulcificación del criterio ha sido motivada en gran parte, por la **posición del sector empresarial**, que ha puesto de manifiesto la **carga financiera** que representa la prestación de garantías en la contratación. En una coyuntura económica como la presente, qué duda cabe de que la prestación de garantías hace aún más onerosa y difícil la participación en los procesos de contratación pública.

No se pretende desde aquí eliminar cualquier clase de garantía, pero sí se propone **sugerir a la Administración** que, dentro de los **límites legalmente previstos** y sin reducir las exigencias de seguridad que para los recursos e intereses públicos debe reunir la contratación, ésta articule los instrumentos a su alcance para reducir las cargas administrativas y -sobre todo- financieras de la contratación, fomentando así un mayor desarrollo empresarial. Tal sugerencia pasa por **eliminar**, de todo contrato administrativo, la **obligación de constituir garantía provisional**; y ello con base en los siguientes argumentos:

1.- Lo permite expresamente el artículo 91.1 LCSP, cuyo tenor es claro cuando establece que "Considerando las circunstancias concurrentes en cada contrato, los órganos de contratación **podrán exigir** a los licitadores la constitución de una garantía que responda del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación provisional del contrato. Para el licitador que resulte adjudicatario provisional, la garantía responderá también del cumplimiento de las obligaciones que le impone el segundo párrafo del artículo 134.5". No solo se permite; sino que **la regla es la no exigencia**, que no obstante puede excepcionarse "considerando las circunstancias concurrentes en cada contrato".

2.- La garantía provisional tiene como finalidad **garantizar la seriedad de las ofertas** que se formulan por los licitadores en los procesos de selección de los contratistas con la Administración y como consecuencia de ello lograr la **formalización del contrato** por quien resulta adjudicatario del mismo<sup>4</sup>; es decir, pretende evitar tanto las ofertas que pudieran realizarse sin intención de quedar obligados posteriormente por cualquier causa, como aquéllas que persiguieren intencionadamente perturbar la libre concurrencia en el procedimiento de licitación.

---

4 Así lo ha venido reconociendo expresamente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, entre otros, en los Informes 14/92 y 15/92, de 17 de junio de 1992; cuya consulta puede llevarse a cabo en la dirección: <http://www.meh.es/Documentacion/Publico/Patrimonio/Junta%20Consultiva/informes/Informes%201990-1994/contratos%20de%20suministro/Informe%2014-92%20y%2015-92.pdf>

3.- La función de seguridad que cumple la garantía provisional – dado que si su finalidad de asegurar el mantenimiento de las proposiciones y de garantizar la formalización del contrato resulta frustrada por causa imputable al contratista procede **decretar la pérdida o incautación** de la misma<sup>5</sup> – puede articularse a través de otros medios previstos en la propia LCSP.

En efecto, la función de “aseguramiento” que desempeña la garantía provisional mediante la sujección de una cantidad de dinero al mantenimiento de las proposiciones y a la formalización del contrato por aquella que resulta seleccionada, se cumple también mediante otras figuras que, aunque no comportan la pérdida económica inmediata que supondría la incautación de la garantía provisional por un incumplimiento culpable, sí conllevan consecuencias materialmente idénticas o incluso peores en cuanto a su envergadura y proyección.

La consecuencia fundamental es aquella que deriva de la incursión en una **prohibición para contratar**, pues de acuerdo con el artículo 49.2.d LCSP, son causas determinantes de la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas:

- Haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o
- Haber imposibilitado la adjudicación definitiva del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el artículo 135.4<sup>6</sup> dentro del plazo señalado mediando dolo, culpa o negligencia.

---

5 Así establece la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el Informe 31/93, de 16 de febrero de 1994, al entender que procede decretar la pérdida o incautación de la “*fianza provisional*”, no solo por falta de formalización del contrato sino por cualquier otro supuesto de “*frustración de su finalidad por causa imputable al contratista*”. El informe puede consultarse en la página

<http://www.meh.es/Documentacion/Publico/Patrimonio/Junta%20Consultiva/informes/Informes%201990-1994/contratos%20de%20consultoria%20y%20asistencia,%20de%20servicios%20y%20trabajos%20especificos/Informe%2031-93.pdf>

6 El artículo 135.4 LCSP establece la obligación del adjudicatario de presentar la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social y cualesquiera otros documentos acreditativos de su aptitud para contratar o de la efectiva disposición de los medios que se hubiesen comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 53.2 que le reclame el órgano de contratación, así como constituir la garantía que, en su caso, fuera procedente.

De acuerdo con esto podría sostenerse que **la amenaza de incurrir en una prohibición para contratar con la Administración** desempeña una función **garantista y disuasoria** semejante a la que comporta la incautación de la garantía provisional, cuyo carácter es el de una medida penitencial de la relación precontractual.

La constitución de la **garantía provisional** supone sin duda un *plus* de seguridad para la Administración, pues en caso de retirada de la proposición o la candidatura, o en caso de falta de formalización del contrato, el licitador **incurre en todo caso en una prohibición para contratar pro futuro además de perder una cuantiosa suma de dinero** – que por otro lado recibe la Administración –.

Ello no obstante, no es menos cierto que en una **coyuntura económica** como la actual, en la que la constitución de la garantía provisional resulta extraordinariamente onerosa para los contratistas – dadas las dificultades y garantías que a su vez les exigen a éstos las entidades de crédito –, podría optarse por una renuncia a la exigencia de la misma a favor de una ampliación de las posibilidades de licitar de las pequeñas y medianas empresas, favoreciendo también una mayor accesibilidad a distintos procedimientos de contratación y eliminando las trabas que conlleva constituir garantía provisional en cada proceso al que se quiere optar (con el esfuerzo económico extraordinario que supone el mantenimiento de varias garantías provisionales en distintos procedimientos coetáneos).

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. esta integrado por Juan Santamaría Pastor, Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Alejandro Hernández del Castillo y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma [jlpalma@gomezacebo-pombo.com](mailto:jlpalma@gomezacebo-pombo.com) o al Departamento de Derecho Administrativo, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel: 915 829 415)

