



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de ... solicita, mediante escrito de fecha 28 de octubre pasado y registro de entrada en Diputación el día 3 de noviembre, se emita Informe jurídico por parte de este Departamento, en relación con la solicitud formulada por el adjudicatario de un contrato municipal de concesión de obra pública, al objeto de que se le minore el importe de la fianza definitiva depositada en el Ayuntamiento como garantía de la ejecución del contrato.

El Sr. Alcalde nos informa en su escrito de la posición contraria mantenida respecto a dicha pretensión por el Secretario del Ayuntamiento, en base a lo dispuesto en el artículo 83.1, párrafo segundo, *in fine*, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) – cuya entrada en vigor tuvo lugar en mayo de este año –, que, según el citado funcionario municipal, viene a reiterar lo dicho con anterioridad en el artículo 36 por el – hoy derogado, a excepción del Capítulo IV, del Título V, del Libro II, comprensivo de los artículos 253 a 260, ambos inclusive, según la Disposición Derogatoria Única, letra a), – Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCAP), aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Así pues, a la vista de la indicada información, y dados los términos precisos en que ha sido formulada la consulta, de acuerdo con la legislación que consideramos de aplicación al caso, y que después diremos, se procede a emitir el siguiente

INFORME

PRIMERO

Hay que comenzar recordando que, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera, número 2, de la referida LCSP, los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la citada norma legal se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la legislación de contratos anterior. Por consiguiente, tratándose como se trata en el presente caso de un contrato formalizado en los días siguientes al 21 de mayo de 2007, fecha de su adjudicación, la legislación aplicable será la constituida por el TRLCAP.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



Así pues, en tales circunstancias, los preceptos aplicables para resolver la cuestión deberemos buscarlos en el Capítulo III, del Título II, del último texto legal citado, vigente en el momento de formalización del contrato. En concreto, todos los referidos al régimen jurídico de las garantías definitivas exigidas a los adjudicatarios de los contratos regulados en la propia Ley, teniendo en cuenta las distintas modalidades de aquéllas y los tipos de contratos de que se trate en cada caso.

En este sentido, de la lectura del artículo 36 del TRLCAP – cuya cita se atribuye al Secretario del Ayuntamiento – no puede deducirse, en principio, la habilitación legal a la Administración municipal para modificar a la baja o minorar el 4% del importe de adjudicación del contrato, que, con carácter general, deberán poner a disposición de la Administración municipal, y en concepto de garantía definitiva, todos los adjudicatarios de contratos formalizados con ésta. Precisamente, el sentido último del referido precepto es mas bien el contrario, pues, sólo en casos especiales y de acuerdo a la concurrencia de determinadas circunstancias – que deberán reflejarse, en todo caso, en el pliego de cláusulas administrativas particulares – se admite el aumento de dicha garantía hasta un total del 20%.

Por otra parte, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 37 siguiente del mismo TRLCAP, entre los contratos amparados por una posible dispensa de la obligación de depósito de la garantía definitiva, cuando así se haga constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, no aparecen mencionados los contratos de concesión de obra pública. Por lo tanto, tampoco por esta vía sería posible acceder a la petición del contratista adjudicatario. Como tampoco sería posible acudiendo a lo dispuesto en el artículo 42 siguiente del propio TRLCAP, referido al reajuste de garantías, para el supuesto de que el precio del contrato inicialmente adjudicado experimentara alguna variación posterior – a la baja –, en cuyo caso, sí podría reajustarse la garantía con la finalidad de continuar manteniendo la debida proporción con el nuevo precio del contrato.

Del mismo modo, no parece de aplicación al presente caso lo dispuesto en el artículo 47.2 siguiente del TRLCAP, sobre cancelación parcial de las garantías, pues, además de que tal hipótesis sólo se contempla en el supuesto de que así lo autorizara expresamente el pliego de cláusulas administrativas particulares, no parece probable



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

hablar de una recepción parcial de las obras en un contrato de las características del presente, cuyos efectos a través de la concesión de la explotación del servicio se extenderán más allá de la ejecución de las obras.

Por lo demás, el Ayuntamiento debe tener muy claro que, como acertadamente ha hecho notar su Secretario, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 43 del TRLCAP, la garantía definitiva de un contrato, además de responder del cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo, responde también de posibles penalidades que durante su ejecución pudieran imponerse al contratista, así como, de los gastos originados a la Administración municipal por las demoras producidas y los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de su ejecución, siempre que dichos incumplimientos no lleven aparejada la resolución del contrato, pues, en tal caso, podría decretarse también la incautación de la fianza.

SEGUNDO

Desde la perspectiva de la actual legislación de contratos, recogida básicamente en la aludida LCSP, hay que recordar también que no sólo no se ha modificado el régimen jurídico de las fianzas, sino que, por el contrario, se ha reforzado su función de garantía, al aumentarse, por ejemplo, el importe de la fianza definitiva, que, ahora, según lo dispuesto en el artículo 83 del citado texto legal, será de un 5%, al tiempo que se ha declarado expresamente excluida de la aplicación de una posible exención de dicha garantía a los contratos de obras y de concesión de obras públicas. La garantía definitiva deberá seguir cubriendo, por tanto, hasta la conclusión del contrato y la aprobación de la correspondiente liquidación, tanto la correcta ejecución de la obra, como el resto de las prestaciones incorporadas a aquél a través de la concesión del servicio.

El Ayuntamiento y el adjudicatario deben comprender que con la modalidad de contratación elegida, esto es, la concesión de obra pública, el contrato no concluye con la realización y entrega de la obra, sino que éste se prolongará en el tiempo durante el plazo de vigencia de la concesión para la explotación del servicio, cuya gestión, por delegación de la propia Administración, correrá a cargo del adjudicatario, pero de la que, como titular del servicio, deberá responder también la propia Administración



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

municipal, ya sea frente a las reclamaciones de los futuros usuarios del mismo, ya sea frente a terceros que por razón del servicio tengan relación con el concesionario. Por tal motivo, y ante posibles eventualidades que pudieran producirse durante la vigencia del contrato y que no hayan sido o vayan a ser objeto de aseguramiento específico – como, al parecer, ha de ocurrir con el edificio –, parece razonable seguir manteniendo el importe de la garantía definitiva depositada en su día y, en consecuencia, rechazar íntegramente las alegaciones formuladas por el adjudicatario.

Es cuanto tengo el deber de informar, advirtiéndole que la opinión jurídica recogida en el presente Informe se somete a cualquier otra mejor fundada en Derecho, y no supe en modo alguno a otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de los acuerdos.

Toledo a 11 de Noviembre de 2008