

CONSULTA 039/2026 de 9 de julio de 2026. La retención en el precio como forma de constitución de la garantía definitiva y el pliego de cláusulas administrativas como ley del contrato

1

CONSULTA (discurso directo)

“Licitación, contrato de obras, en el pliego consta:

“GARANTÍA PROVISIONAL, en ambos lotes no se exige.

GARANTÍA DEFINITIVA, para cada lote será del 5% (salvo que el licitador la hubiese incrementado) del importe de la adjudicación, excluyendo en todo caso el IVA. Se admitirán las garantías en la forma establecida en el art. 108 LCSP.”

El adjudicatario presenta “Constituir a disposición del órgano de contratación garantía definitiva por importe de 5000 €, de la siguiente forma:

- Mediante retención en el precio prevista en el art 108 LCSP.

1. Debe la administración admitir este tipo de garantía si no consta expresamente en los pliegos?

2. Si la debiera admitir, se podría exigir la retención del total del importe de la garantía en la 1ª certificación de obra.”

RESPUESTA

El artículo 108 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 (en adelante LCSP), establece respecto de las formas de prestar garantía definitiva lo siguiente:

“1. Las garantías definitivas exigidas en los contratos celebrados con las Administraciones Públicas podrán prestarse en alguna o algunas de las siguientes formas:



a) En efectivo o en valores, que en todo caso serán de Deuda Pública, con sujeción, en cada caso, a las condiciones establecidas en las normas de desarrollo de esta Ley. El efectivo y los certificados de inmovilización de los valores anotados se depositarán en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales encuadradas en las Delegaciones de Economía y Hacienda, o en las Cajas o establecimientos públicos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales contratantes ante las que deban surtir efectos, en la forma y con las condiciones que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan, sin perjuicio de lo dispuesto para los contratos que se celebren en el extranjero.

b) Mediante aval, prestado en la forma y condiciones que establezcan las normas de desarrollo de esta Ley, por alguno de los bancos, cajas de ahorros, cooperativas de crédito, establecimientos financieros de crédito y sociedades de garantía recíproca autorizados para operar en España, que deberá depositarse en los establecimientos señalados en la letra a) anterior.

c) Mediante contrato de seguro de caución, celebrado en la forma y condiciones que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan, con una entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo. El certificado del seguro deberá entregarse en los establecimientos señalados en la letra a) anterior.

2. Cuando así se prevea en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la garantía definitiva en los contratos de obras, suministros y servicios, así como en los de concesión de servicios cuando las tarifas las abone la administración contratante, podrá constituirse mediante retención en el precio. En el pliego de cláusulas administrativas particulares se fijará la forma y condiciones de la retención.

(...)”

De lo anterior se extrae que existen diferentes modalidades de garantías: tres genéricas, que son las recogidas en el apartado 1; y una excepcional, que es la retención en el precio prevista en el apartado 2 del artículo.

Por tanto, la retención en el precio no es una modalidad de garantía que pueda ser escogida libremente por la adjudicataria, sino una excepcionalidad que ha de cumplir necesariamente con dos requisitos:

1. Debe constar expresamente recogida en el pliego de cláusulas administrativas particulares para que sea aplicable.
2. El pliego de cláusulas administrativas particulares debe contener la forma y condiciones en las que la retención en el precio debe practicarse.

Al respecto de lo anterior, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales recogió, en su [Resolución 235/2012](#), de 31 de octubre, lo siguiente:

“...la lectura del precepto excluye la posibilidad de aplicarlo al caso puesto que en él se establece que la posibilidad de utilización de la retención en el precio como medio de constitución de la garantía debe estar contenida explícitamente en el pliego. Como antes hemos expuesto, en el pliego rector de este contrato tal posibilidad no estaba contemplada por lo que el precepto no es en modo alguno aplicable, de manera que ante esta conclusión es indiferente que esta modalidad pueda calificarse como una modalidad independiente o como una forma de constitución de la garantía en metálico”.

Asimismo, debemos recordar, respecto de la obligatoriedad del cumplimiento de los pliegos, lo que ya señaló este servicio en su [Consulta 31/2023](#):

*“(...) 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, señala en su artículo 139.1 que “Las **proposiciones** de los interesados **deberán ajustarse a los pliegos** y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la **aceptación incondicionada por el empresario** del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (...)”*

*Los tribunales han tenido ocasión de pronunciarse sobre ello, como ejemplo podemos citar la **Resolución nº. 219/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales** que, sobre la necesidad de seguir el tenor literal consignado en los pliegos, dispone:*



*“Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en multitud de ocasiones acerca de **la cualidad de lex contractus de los pliegos**, una vez éstos adquieren firmeza. Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 2001 (Sección Séptima) y otras resoluciones de este Tribunal (178/2013, 17/2013 y 45/2013) en la que se afirma que –esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, **debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo**, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía (...) Por otro lado, tiene declarado este Tribunal, que **el Pliego de Cláusulas Administrativas constituye la ley de contrato a la que deben sujetarse los licitadores, así como el propio órgano de contratación**. Al efecto, hemos de partir del valor vinculante del Pliego aprobado por el órgano de contratación. El Pliego constituye –auténtica lex contractus, con eficacia jurídica no sólo para el órgano de contratación sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación– (...).”*

De acuerdo con lo expuesto, el pliego de cláusulas administrativas particulares vincula a los licitadores que deseen participar en el correspondiente procedimiento de contratación, pero también al órgano de contratación. Ambos están sujetos a lo que disponga el mismo, siempre y cuando el pliego no esté incurso en algún vicio constitutivo de causa de nulidad de pleno derecho. El que el pliego constituya “ley del contrato” resulta conforme con los principios de seguridad jurídica y de igualdad; las partes intervinientes conocen cuáles van a ser los derechos y obligaciones que resulten del procedimiento de contratación, y van a resultar aplicables por igual a todos los licitadores que concurran”.

En el presente caso, tal y como se indica en la consulta, en el pliego se recoge, respecto de la garantía definitiva, que “... Se admitirán las garantías en la forma establecida en el art. 108 LCSP”. Y la forma establecida en el citado precepto es que cabe, a opción de las licitadoras, constituir la garantía definitiva a través de cualquiera de las modalidades previstas en su apartado primero, quedando relegada la opción de constitución mediante retención en el precio a lo que indique expresamente el pliego de cláusulas administrativas que, además, debe establecer la forma y condiciones de la retención. En el presente caso, no se indica expresamente esta posibilidad excepcional de constitución.

De acuerdo con lo anterior, cabe interpretar la cláusula del pliego en el sentido de que, dado que este no contempla expresamente la posibilidad de constitución de la garantía definitiva mediante retención en el precio, ni regula la forma y condiciones en que debe practicarse, no existe la obligación por parte del órgano de contratación de atender la solicitud de la adjudicataria con tal pretensión en cuanto a la forma de constitución de la garantía exigida.

Por lo tanto, y en respuesta a la consulta planteada, la Administración deberá rechazar la solicitud de la adjudicataria, requiriéndole para que constituya la garantía por cualquiera de las modalidades genéricas previstas en el apartado 1 del artículo 108 de la LCSP, no admitiendo la retención en el precio al no haber mencionado en el pliego esta posibilidad, ni su forma y condiciones.

No obstante lo anterior, este servicio recomienda a la consultante que, en posteriores procedimientos de contratación, y para evitar interpretaciones divergentes, no se remitan a lo dispuesto con carácter general en el artículo 108 de la LCSP, e indiquen expresamente las formas en que puede constituirse la garantía definitiva o que esa remisión sea al apartado 1 del precepto si no existe la intención de admitir su constitución mediante la retención en el precio.

Finalmente, indicar que la presente respuesta a la consulta planteada tiene carácter meramente informativo y, en ningún caso, resulta vinculante.



Es muy importante para el servicio InfocontrataCLM valorar la calidad de la atención que ofrecemos; para ello, ponemos a su disposición esta breve encuesta. Estaríamos encantados de recibir su opinión para poder seguir mejorando. ¡Muchas gracias por su colaboración!



[Califique la respuesta a esta consulta](#)

SERVICIO DE ASESORAMIENTO Y NORMALIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN